BIBLIOTHÈQUE DE DROIT PRIVÉ

Fondée par
Henry SOLUS
Professeur honoraire à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Paris

Dirigée par
Jacques GHESTIN
Professeur à l'Université de Paris I (Panthéon - Sorbonne)

TOME CLVIII

LA SOCIÉTÉ ANONYME A DIRECTOIRE

par

Paul LE CANNU
Assistant à la Faculté de Droit de Bordeaux

Préface de Jean DERRUPPÉ
Professeur à la Faculté de Droit de Bordeaux

OUVRAGE HONORÉ D'UNE SUBVENTION
DU MINISTÈRE DES UNIVERSITÉS

1977

PARIS
LIBRAIRIE GENERALE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE
R. PICHON ET R. DURAND-AUZIAS
20 et 24, rue Soufflot - 75005

1979

LA SOCIÉTÉ ANONYME A DIRECTOIRE

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

© 1978, L.G.D.J. Paris.
ISBN 2-275-01194-3

BIBLIOTHÈQUE DE DROIT PRIVÉ

Fondée par
Henry SOLUS
Professeur honoraire à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Paris

Dirigée par
Jacques GHESTIN
Professeur à l'Université de Paris I (Panthéon - Sorbonne)

TOME CLVIII

LA SOCIÉTÉ ANONYME A DIRECTOIRE

par

Paul LE CANNU

Assistant à la Faculté de Droit de Bordeaux

Préface de Jean DERRUPPÉ

Professeur à la Faculté de Droit de Bordeaux

OUVRAGE HONORÉ D'UNE SUBVENTION
DU MINISTÈRE DES UNIVERSITÉS

PARIS
LIBRAIRIE GENERALE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE
R. PICHON ET R. DURAND-AUZIAS
20 et 24, rue Soufflot - 75005

1979

OUVRAGES PARUS DANS LA MÊME COLLECTION

TOME 1. — DESPAX (M.), professeur agrégé des Facultés de Droit : *L'entreprise et le Droit*. Préface de G. MARTY, professeur à la Faculté de Droit de Toulouse. 1957, épuisé.

TOME 2. — TERRE (F.), chargé de cours à la Faculté de Droit de Strasbourg : *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*. Préface de R. LE BALLE, professeur à la Faculté de Droit de Paris. 1957, épuisé.

TOME 3. — CHOUKROUN (C.), docteur en droit : *Les droits des associés non gérants dans les sociétés à responsabilité limitée*. Préface de A. AMIAUD, professeur à la Faculté de Droit de Paris. 1957, épuisé.

TOME 4. — BREDIN (J.-D.), chargé de travaux pratiques à la Faculté de Droit : *L'entreprise semi-publique et publique et le droit privé*. Préface de H. SOLUS, professeur à la Faculté de Droit de Paris. 1957, épuisé.

TOME 5. — DIDIER (P.), professeur agrégé des Facultés de Droit : *L'option de la femme commune en biens*. Préface de M. FRÉJAVILLE, professeur à la Faculté de Droit de Paris. 1957, épuisé.

TOME 6. — MARTINE (E.-N.), assistant à la Faculté de Droit de Paris : *L'option entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle*. 1957, épuisé.

TOME 7. — SENN (J.-P.), docteur en droit : *Les sociétés d'investissement en droit français*. Préface de M. ROBLOT, doyen de la Faculté de Droit de Nancy. 1958, épuisé.

TOME 8. — SOUM (H.), docteur en droit : *La transmission de la succession testamentaire*. Préface de P. HÉBRAUD, professeur à la Faculté de Droit de Toulouse, épuisé.

TOME 9. — GENDREL (M.), docteur en droit : *Les mariages « in extremis »*. « Et Thalami et Tumuli sic fuit una dies ». 1958.

TOME 10. — LE GALCHER-BARON (M.), assistant à la Faculté de Droit de Caen : *Les prérogatives de la femme commune en biens sur ses biens personnels et les biens réservés*. Préface de J. BOUTARD, professeur à la Faculté de Droit de Caen. 1959.

TOME 11. — BISCHOFF (J.-M.), chargé de cours à la Faculté de Droit de Strasbourg : *La compétence du droit français dans le règlement des conflits de lois*. Préface de A. WEIL, doyen de la Faculté de Droit de Strasbourg. 1959, épuisé.

TOME 12. — PETITJEAN (H.), docteur en droit : *Fondements et mécanisme de la transmission successorale en droit français et en droit anglais*. Préface de H. BATIFFOL, professeur à la Faculté de Droit de Paris. 1959.

TOME 13. — ROLAND (H.), assistant à la Faculté de Droit de Lyon : *Chose jugée et tierce opposition*. Préface de B. STARCK, professeur à la Faculté de Droit de Lyon. 1958, épuisé.

TOME 14. — LEVEL (P.), chargé de cours à la Faculté de Droit de Lille : *Essai sur les conflits de lois dans le temps*. Contribution à la théorie générale du droit transitoire. Préface de H. BATIFFOL, professeur à la Faculté de Droit de Paris, 1959, épuisé.

TOME 15. — LAGARDE (P.), docteur en droit : *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*. Préface de H. BATIFFOL, professeur à la Faculté de Droit de Paris. 1959, épuisé.

TOME 16. — VANHAECKE (M.), docteur en droit : *Les groupes de sociétés*. Préface de M.-R. PLAISANT, professeur à la Faculté de Droit de Caen. Ed. 1959. Nouveau tirage, 1962.

TOME 17. — CALAIS-AULOY (J.), assistant à la Faculté de Droit de Montpellier : *Essai sur la notion d'apparence en droit commercial.* Préface de M. CABRILLAC, professeur à la Faculté de Droit de Montpellier. 1959, épuisé.

TOME 18. — BORRICAND (J.), chargé de cours à la Faculté de Droit d'Aix-en-Provence : *Les effets du mariage après sa dissolution.* Préface de M. KAYSER, professeur à la Faculté de Droit d'Aix. 1960.

TOME 19. — RIEG (A.), docteur en droit : *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand.* Préface de R. PERROT, professeur à la Faculté de Droit de Strasbourg. 1961, épuisé.

TOME 20. — LAFON (Dr J.), docteur en droit, médecin chef des hôpitaux psychiatriques de la Seine : *La responsabilité civile du fait des malades mentaux.* Préface de H. MAZEAUD, professeur à la Faculté de Droit de Paris. 1960.

TOME 21. — DECOCQ (A.), docteur en droit : *Essai d'une théorie générale des droits sur la personne.* Préface de Georges LEVASSEUR, professeur à la Faculté de Droit de Paris. 1960, épuisé.

TOME 22. — BOUREL (P.), chargé de cours à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Rennes : *Les conflits de lois en matière d'obligations extra-contractuelles.* Préface de Y. LOUSSOUARN, doyen de la Faculté de Droit de Rennes. 1961.

TOME 23. — MOUSSERON (J.-M.), chargé de cours à la Faculté de Droit d'Alger : *Le droit du breveté d'invention.* Contribution à une analyse objective. Préface de M.-H. CABRILLAC, professeur à la Faculté de Droit de Montpellier. 1961, épuisé.

TOME 24. — OLLIER (P.-D.), chargé de cours à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Grenoble : *La responsabilité civile des père et mère.* Etude critique de son régime légal (art. 1334, al. 4 et 7, C. civ.). Préface de Jean CARBONNIER, professeur à la Faculté de Droit de Paris. 1961, épuisé.

TOME 25. — CATALA (N.), chargé de cours à la Faculté de Droit de Dijon : *La nature juridique du payement.* Préface de Jean CARBONNIER, professeur à la Faculté de Droit de Paris. 1961, 2e tirage.

TOME 26. — *Influence de la dépréciation monétaire sur la vie juridique privée.* Etudes de droit privé sous la direction de Paul DURAND, professeur à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Paris, par MM. E.-L. BACH, J. BARRERE, A. DECOCQ, J.-P. DOUCET, M. GENDREL, O. KUHNMUNCH et J. NOIREL, docteurs en droit. Préface de Jean CARBONNIER, professeur à la Faculté de Droit de Paris. 1961.

TOME 27. — ROUJOU DE BOUBEE (G.), chargé de cours à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Toulouse : *Essai sur l'acte juridique collectif.* Préface de G. MARTY, professeur à la Faculté de Droit de Toulouse. 1961.

TOME 28. — PELISSIER (J.), docteur en droit, assistant à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Lyon : *Les obligations alimentaires.* Préface de R. NERSON, professeur à la Faculté de Droit de Lyon. 1961, épuisé.

TOME 29. — SORTAIS (J.-P.), docteur en droit : *Le titre et l'émolument.* Préface de Robert LE BALLE, professeur à la Faculté de Droit de Paris. 1961, épuisé.

TOME 30. — HUGUET (A.), docteur en droit : *L'ordre public et les contrats d'exploitation du droit d'auteur.* Etudes sur la loi du 11 mars 1957. Préface de René SAVATIER, doyen honoraire de la Faculté de Droit de Poitiers. 1962.

TOME 31. — PELLEGRIN (A.), docteur en droit, assistant à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Grenoble : *De la nature juridique du partage d'ascendant.* Préface de P. HÉBRAUD, professeur à la Faculté de Droit de Toulouse. 1961.

TOME 32. — RIVES-LANGE (J.-L.), docteur en droit, lauréat de la Faculté de Droit de Montpellier, lauréat de l'Académie française : *Les problèmes juridiques posés par l'opération d'escompte.* Préface de J. BECQUE, professeur de la Faculté de Droit de Montpellier. 1962, épuisé.

TOME 33. — JULIEN (P.), assistant à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de l'Université d'Aix-Marseille : *Les contrats entre époux.* Préface de P. KAYSER, professeur à la Faculté de Droit d'Aix-Marseille. 1962.

TOME 34. — CHESNE (G.), chargé de cours à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Rennes : *L'établissement des étrangers en France et la communauté économique européenne.* Préface de Y. LOUSSOUARN, doyen de la Faculté de Droit de Rennes. 1962, épuisé.

TOME 35. — GRANCHET (G.), docteur en droit, lauréat de la Faculté de Droit de Paris : *La notion de cessation des paiements dans la faillite et le règlement judiciaire.* 1962.

TOME 36. — LE GALL (J.-P.), docteur en droit : *L'obligation de garantie dans le louage des choses.* Préface de M. TUNC, professeur à la Faculté de Droit de Paris. 1962, épuisé.

TOME 37. — FARJAT (G.), chargé de cours à la Faculté de Droit de Dijon : *L'ordre public économique.* Préface de M. B. GOLDMAN, professeur à la Faculté de Droit de Paris. 1963, épuisé.

TOME 38. — DUCOULOUX (C.), avocat à la Cour : *Les sociétés d'économie mixte en France et en Italie.* Préface de J. BRÈTHE DE LA GRESSAYE, professeur à la Faculté de Droit de Bordeaux. 1963, épuisé.

TOME 39. — PRADEL (J.), magistrat : *La condition civile du malade.* Préface de G. CORNU, doyen de la Faculté de Droit de Poitiers. 1963, épuisé.

TOME 40. — VERDOT (R.), assistant à la Faculté de Droit d'Aix : *La notion d'acte d'administration en droit privé franjais.* Préface de Pierre KAYSER, professeur à la Faculté de Droit d'Aix. 1963.

TOME 41. — GHESTIN (J.), professeur agrégé à la Faculté de Droit de Bordeaux : *La notion d'erreur dans le droit positif actuel.* Préface de J. BOULANGER, professeur à la Faculté de Droit de Paris. 1971, 2e édition.

TOME 42. — GROSS (R.), docteur en droit : *La notion d'obligation de garantie dans le droit des contrats.* Préface de D. TALLON, doyen de la Faculté de Droit de Nancy. 1964, épuisé.

TOME 43. — BUFFELAN-LANORE (Y.), docteur en droit : *Essai sur la notion de caducité des actes juridiques en droit civil.* Préface de Pierre HÉBRAUD, professeur à la Faculté de Droit de Toulouse, 1963.

TOME 44. — POULAIN (J.), docteur en droit : *La protection des émissions de radiodiffusion.* Préface de M. Henri DESBOIS, professeur à la Faculté de Droit de Paris. 1963, épuisé.

TOME 45. — GOURDON (C.), docteur en droit, chargé de cours à la Faculté de Droit de Poitiers : *La notion de cause de divorce étudiée dans ses rapports avec la faute.* Préface de J. CARBONNIER, professeur à la Faculté de Droit de Paris. 1963.

TOME 46. — DAHAN (M.), assistant à la Faculté de Droit de Paris : *Sécurité sociale et responsabilité.* Etude critique du recours de la sécurité sociale contre le tiers responsable. Préface de J. CARBONNIER, professeur à la Faculté de Droit de Paris. 1963, épuisé.

TOME 47. — LINOSSIER (L.), docteur en droit : *Le partage des successions confondues.* Préface de Robert LE BALLE, professeur à la Faculté de Droit de Paris. 1963.

TOME 48. — LOMBOIS (J.-C.), chargé de cours à la Faculté de Droit de Poitiers : *De l'influence de la santé sur l'existence des droits civils.* Préface de J. CARBONNIER, professeur à la Faculté de Droit de Paris. 1963.

TOME 49. — *L'immeuble urbain à usage d'habitation.* Etudes de droit privé, sous la direction de Jean CARBONNIER, professeur à la Faculté de Droit de Paris, et par MM. J.-M. LELOUP, L. LINOSSIER, C. LOMBOIS, J. NORMAND, A. PIEDELIEVRE, E. DU PONTAVICE, A. RIEG, J.-P. SORTAIS, R. VERDOT et R. WILLMANN. 1963.

TOME 50. — BIOLLEY (G.), docteur en droit, diplômé de l'I.E.P. de Grenoble : *Le droit de réponse en matière de presse.* Préface de A. TUNC, professeur à la Faculté de Droit de Paris. 1963, épuisé.

TOME 51. — GOULET (J.-M.), chargé de cours à la Faculté de Droit et des Sciences économiques d'Aix-en-Provence : *La condition juridique de l'enfant adultérin en droit italien.* Préface de Mlle Y. LOBIN, professeur à la Faculté de Droit d'Aix-en-Provence. 1964, épuisé.

TOME 52. — BOULANGER (F.), docteur en droit, lauréat de la Faculté de Droit de Paris, ancien attaché au « Max Planck Institut für internationales Privatrecht » : *Etude comparative du droit international privé des successions en France et Allemagne.* Préface de H. BATIFFOL, professeur à la Faculté de Droit de Paris. 1964.

TOME 53. — VINEY (G.), chargé de cours à la Faculté de Droit de Dijon : *Le déclin de la responsabilité individuelle.* Préface de A. TUNC, professeur à la Faculté de Droit de Paris. 1965, épuisé.

TOME 54. — AMBIALET (J.), avocat à la Cour d'Appel : *Responsabilité du fait d'autrui en droit médical.* Préface de M. de JUGLART, professeur à la Faculté de Droit de Paris. 1965, épuisé.

TOME 55. — LECLERCQ (P.), auditeur de justice, assistant à la Faculté de Droit de Grenoble : *Les clientèles attachées à la personne.* Préface de Pierre CATALA, professeur à la Faculté de Droit de Montpellier. 1965.

TOME 56. — LABRUSSE-RIOU (C.), chargé de cours à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Strasbourg : *L'égalité des époux en droit allemand.* Préface de R. DAVID, professeur à la Faculté de Droit de Paris. 1965.

TOME 57. — DEJEAN DE LA BATIE (N.), agrégé des Facultés de Droit. *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit civil français.* Préface de H. MAZEAUD, professeur à la Faculté de Droit de Paris. 1965.

TOME 58. — SPITERI (P.), assistant à la Faculté de Droit de Toulouse : *L'égalité des époux dans le régime matrimonial légal* (étude de réforme législative). Préface de A. BRETON, doyen honoraire de la Faculté de Droit d'Alger. 1965.

TOME 59. — MALINVAUD (Ph.), maître de conférence agrégé à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Dijon : *La responsabilité des incapables et de la femme dotale à l'occasion d'un contrat.* Préface de H. MAZEAUD, professeur à la Faculté de Droit de Paris. 1965.

TOME 60. — LANDREAU (D.), assistant à la Faculté de Droit et des Sciences économiques d'Aix-en-Provence : *Le désaveu de paternité spécial de l'article 325 du Code civil.* Essai de contribution à l'étude du rôle de la jurisprudence. Préface de P. KAYSER, professeur à la Faculté de Droit d'Aix-en-Provence. 1965.

TOME 61. — DOUCET (J.-P.), chargé de cours à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Caen : *L'indexation.* Préface de H. MAZEAUD, professeur à la Faculté de Droit de Paris. 1965, épuisé.

TOME 62. — RAYMOND (G.), docteur en droit : *Le consentement des époux au mariage.* Etude de droit positif français. Préface de G. CORNU, doyen de la Faculté de Droit de Poitiers, 1965.

TOME 63. — RUBELLIN-DEVICHI (J.), docteur en droit : *L'arbitrage, nature juridique droit interne et droit international privé.* Préface de J. VINCENT, doyen de la Faculté de Droit de Lyon. 1965, épuisé.

TOME 64. — TANAGHO (S.), chargé de cours à la Faculté de Droit d'Ein-Chams : *De l'obligation judiciaire.* Etude morale et technique de la révision du contrat par le juge. Préface de P. RAYNAUD, professeur à la Faculté de Droit de Paris. 1965.

TOME 65. — NORMAND (J.), chargé de cours à la Faculté de Droit de Nancy : *Le juge et le litige.* Préface de Roger PERROT, professeur à la Faculté de Droit de Paris. 1965, épuisé.

TOME 66. — JAUFFRET (C.), docteur en droit (Aix) : *La responsabilité civile en matière d'accidents d'automobile* (étude comparée de droit espagnol, italien et français). Préface de Mlle Y. LOBIN, professeur à la Faculté de Droit d'Aix-en-Provence. 1965, épuisé.

TOME 67. — FROSSARD (J.), docteur en droit : *La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat.* Préface de R. NERSON, professeur à la Faculté de Droit de Lyon. 1965, épuisé.

TOME 68. — LE BRIS (R.-F.), chargé de cours à la Faculté de Droit de Rennes : *La relation de travail entre époux*. Préface de Yvon LOUSSOUARN, professeur à la Faculté de Droit de Paris. 1965.

TOME 69. — *L'automobile en droit privé*, études de droit privé sous la direction et avec une préface de Y. LOUSSOUARN, professeur à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Paris, par Robert BADINTER, J. BORRICAND, F. BOULANGER, G. CAS, M. CULIOLI, M. DAHAN, H. GAUDEMET-TALLON, C. JAUFFRET, J. PELISSIER, C. RIOU-LABRUSSE, G. ROUJOU DE BOUBEE, J. SAYN, M. VERON. 1965.

TOME 70. — PIROVANO (A.), assistant à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Nice : *Faute civile et faute pénale*. Préface de P. BONASSIES, professeur à la Faculté de Droit d'Aix-en-Provence. 1966.

TOME 71. — LESERVOISIER (Y.), avocat à la Cour d'Appel de Paris : *La responsabilité civile résultant du transport gratuit de personnes en droit français et en droit anglais*. Préface de B. GOLDMAN, professeur à la Faculté de Droit de Paris. 1966.

TOME 72. — MOREAU (J.-P.), chargé de cours à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Poitiers : *Les limites au principe de la divisibilité de l'instance quant aux parties*. Préface de G. CORNU, doyen honoraire de la Faculté de Droit de Poitiers. 1966.

TOME 73. — DAGOT (M.), assistant à la Faculté de Droit de Tananarive : *La simulation en droit privé*. Préface de M. HÉBRAUD, professeur à la Faculté de Droit de Toulouse. 1967.

TOME 74. — COUVRAT (P.), assistant à la Faculté de Droit de Poitiers : *Les agences de voyages en droit français*. Préface de G. CORNU, doyen honoraire de la Faculté de Droit de Poitiers. 1967, épuisé.

TOME 75. — DESJEUX (X.), avocat à la Cour de Paris : *La convention de Rome* (10-26 octobre 1961) : Etude de la protection des artistes, interprètes ou exécutants. Préface de H. DESBOIS, professeur à la Faculté de Droit de Paris. 1966.

TOME 76. — SERNA (J.-C.), chargé de cours à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Grenoble : *Le refus de contracter*. Préface de J. CARBONNIER, professeur à la Faculté de Droit de Paris. 1967.

TOME 77. — KHALIL (M.S.), chargé de cours à la Faculté de Droit d'Einchams (Le Caire) : *Le dirigisme économique et les contrats*. Etude de droit comparé France, Egypte, U.R.S.S. Préface de R. DAVID, professeur à la Faculté de Droit de Paris. 1967, épuisé.

TOME 78. — CHABAS (F.), chargé de cours à la Faculté de Droit de Dakar : *L'influence de la pluralité de causes sur le droit à réparation*. Préface de Henri MAZEAUD, professeur à la Faculté de Droit de Paris. 1967, épuisé.

TOME 79. — LEUCK (A.), docteur en droit, licencié ès lettres : *De la nature juridique de l'avancement d'hoirie*. Préface de P. VOIRIN, professeur à la Faculté de Droit de Nancy. 1967.

TOME 80. — OMAR (A. Mohamed), chargé de cours à la Faculté de Droit du Caire : *La notion d'irrecevabilité en droit judiciaire privé*. Préface de R. PERROT, professeur à la Faculté de Droit de Paris. 1967.

TOME 81. — BOURGEOIS (A.-M.), assistante à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Clermont-Ferrand : *L'exploitation agricole dans la législation récente*. Préface de J. STOUFFLET, professeur à la Faculté de Droit de Clermont-Ferrand. 1967.

TOME 82. — CHEVALLIER (J.-Y.), chargé de cours à la Faculté de Droit de Rennes : *Filiation naturelle simple et filiation alimentaire en droit international privé français*. Préface de Y. LOUSSOUARN, doyen de la Faculté de Droit de Rennes. 1967.

TOME 83. — EL GAMMAL (M.), docteur en droit : *L'adaptation du contrat aux circonstances économiques*. Préface de M. A. TUNC, professeur à la Faculté de Droit de Paris. 1967.

TOME 84. — CELICE (B.), docteur en droit, avocat à la Cour : *Les réserves et le non-vouloir dans les actes juridiques.* Préface de Jean CARBONNIER, professeur à la Faculté de Droit de Paris. 1968.

TOME 85. — NAJJAR (I.), chargé de cours à la Faculté de droit de Beyrouth, avocat à la Cour d'Appel de Beyrouth : *Le droit d'option, contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatérial.* Préface de P. RAYNAUD, professeur à la Faculté de Droit de Paris. 1967.

TOME 86. — DEMAIN (B.), docteur en droit : *La liquidation des biens des concubins.* Préface de Jean CARBONNIER, professeur à la Faculté de Droit de Paris. 1968.

TOME 87. — JESTAZ (Ph.), docteur en droit : *L'urgence et les principes classiques du droit civil.* Préface de Pierre RAYNAUD, professeur à la Faculté de Droit de Paris. 1968.

TOME 88. — GOMAA (N.), chargé de cours à la Faculté de Droit du Caire : *Théorie des sources de l'obligation.* Préface de Jean CARBONNIER, professeur à la Faculté de Droit de Paris. 1968.

TOME 89. — DELHAY (Fr.), docteur en droit, lauréat de la Faculté de Droit de Lille : *La nature juridique de l'indivision.* Préface de Jean PATARIN, professeur à la Faculté de Droit de Lille. 1968.

TOME 90. — GILSON (Bernard), docteur en droit, docteur ès sciences politiques : *Inexécution et résolution en droit anglais.* Préface de René DAVID, professeur à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Paris. 1969.

TOME 91. — OVERSTAKE (Jean-Francis), docteur en droit : *Essai de classification des contrats spéciaux.* Préface de J. BRÈTHE DE LA GRESSAYE, professeur à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Bordeaux. 1969.

TOME 92. — COZIAN (Maurice), professeur à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Dijon : *L'action directe.* Préface de André PONSARD, professeur de droit civil à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de l'Université de Dijon. 1969.

TOME 93. — GOUBEAUX (Gilles), agrégé des Facultés de Droit : *La règle de l'accessoire en droit privé.* Préface de Denis TALLON, professeur à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Nancy. 1969.

TOME 94. — SAYAG (Alain), licencié ès lettres, docteur en droit : *Essai sur le besoin créateur de droit.* Préface de Jean CARBONNIER, professeur à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Paris. 1959.

TOME 95. — BLONDEL (Pierre), docteur en droit : *La transmission à cause de mort des droits extrapatrimoniaux et des droits patrimoniaux à caractère personnel.* Préface de André PONSARD, professeur de droit civil à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Dijon. 1969.

TOME 96. — DUPICHOT (Jacques), chargé de cours à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Clermont-Ferrand : *Des préjudices réfléchis nés de l'atteinte à la vie ou à l'intégrité corporelle.* Préface de Jacques FLOUR, professeur à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Paris. 1969.

TOME 97. — MALAN (François), docteur en droit : *Les Offres Publiques d'Achat (O.P.A.). L'expérience anglaise.* Préface de André TUNC, professeur à la Faculté de droit et des Sciences économiques de Paris. 1969.

TOME 98. — HONORAT (Jean), docteur en droit : *L'idée d'acceptation des risques dans la responsabilité civile.* Préface de Jacques FLOUR, professeur à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Paris. 1969.

TOME 99. — ISSAD (Mohan), chargé de cours à la Faculté de Droit et des Sciences économiques d'Alger : *Le jugement étranger devant le juge de l'exequatur de la révision au contrôle.* Préface de M. LOUSSOUARN, professeur à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Paris. 1970.

TOME 100. — MARMIER (Marie-Pierre), docteur en droit : *Sociologie de l'adoption.* Préface de Jean CARBONNIER, professeur à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Paris. 1969.

TOME 101. — SIMLER (Philippe), docteur en droit, diplômé de l'Institut d'Etudes politiques : *La nullité partielle des actes juridiques.* Préface de Alex WEILL, doyen de la Faculté de Droit et des Sciences politiques et économiques de Strasbourg. 1969.

TOME 102. — AZEMA (Jacques), docteur en droit : *La durée des contrats successifs.* Préface de M. NERSON, doyen de la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Lyon. 1969.

TOME 103. — FAYARD (Marie-Claude), chargée de cours à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Lyon : *Les impenses.* Préface de Roger NERSON, doyen honoraire de la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Lyon. 1969.

TOME 104. — MENDEGRIS (Roger), chargé de cours à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Grenoble : *La nature juridique de la compensation.* Préface de Pierre CATALA, professeur à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Paris. 1969.

TOME 105. — SOINNE (Bernard), maître-assistant à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Lille : *La responsabilité des architectes et entrepreneurs après la réception des travaux.* Préface de Jean PATARIN, professeur à la Faculté de de droit et des Sciences économiques de Lille. 2 volumes. 1969.

TOME 106. — GEBLER (Marie-Josèphe), maître-assistant à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Nancy : *Le droit français de la filiation et la vérité.* Préface de Denis TALLON, doyen honoraire de la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Nancy. 1970.

TOME 107. — ALEXANDRE (Danièle), maître-assistant à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Strasbourg : *Les pouvoirs du juge de l'exequatur.* Préface de A. WEILL, doyen de la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Strasbourg. 1970.

TOME 108. — LE TOURNEAU (Philippe), docteur en droit : *La Règle « Nemo Auditur ».* Préface de P. RAYNAUD, professeur à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Paris. 1970, épuisé.

TOME 109. — AUBERT (Jean-Luc), docteur en droit, lauréat de la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Paris, chargé de cours à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Nancy : *Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat.* Préface de Jacques FLOUR, professeur à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Paris. 1970.

TOME 110. — OTTENHOF (Reynald), docteur en droit, chargé de cours à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Rennes : *Le droit pénal et la formation du contrat civil.* Préface de Henri BLAISE, professeur à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Rennes. 1970.

TOME 111. — ISSA (Hossam M.), chargé de cours à l'Université d'Assiout : *Capitalisme et sociétés anonymes en Egypte.* Préface de André TUNC, professeur à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Paris. 1970.

TOME 112. — GUGGENHEIM (Daniel), docteur en droit, avocat au Barreau de Genève, Master of Comparative Jurisprudence, New York University : *L'invalidité des actes juridiques en droit suisse et comparé.* Préface de Horst KAUFMAN, professeur à la Faculté de Droit de Genève. 1970.

TOME 113. — MOUREY (Jean-Louis), docteur en droit, docteur en psychologie et sociologie économiques, diplômé de l'Institut d'Etudes politiques, diplômé de l'Institut de Droit et d'Economie comparés : *Les équilibres socio-psychologiques de la copropriété.* Préface de Jean CARBONNIER, professeur à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Paris. 1970.

TOME 114. — MERON (Yaakov), docteur en droit : *L'obligation alimentaire entre époux en droit musulman hanéfite.* Préface de Ch. CHEHATA, professeur associé à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Paris. 1971.

TOME 115. — MAURICE (René), docteur en droit, assistant à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Lyon, lauréat de la Faculté : *Le Commissaire-*

priseur et les ventes publiques de meubles. Préface de André ROBERT, professeur à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Lyon. 1971.

TOME 116. — CRAFFE (Mauricette), docteur en droit, chargé de recherche au Centre national de la Recherche scientifique : *La puissance paternelle en droit anglais.* Préface de René DAVID, professeur à la Faculté de Droit et des Sciences politiques de l'Université d'Aix-Marseille. 1971.

TOME 117. — HAUSER (Jean), docteur en droit, lauréat de la Faculté de Droit de Paris, maître de conférences agrégé : *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique.* Préface de Pierre RAYNAUD, professeur à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Paris. 1971.

TOME 118. — SCHMIDT (André), docteur en droit : *Les sociétés d'auteurs S.A C.E.M.-S.A.C.D.* Contrats de représentation. Préface de Henri DESBOIS, professeur à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Paris. 1971.

TOME 119. — PILLEBOUT (Jean-François), docteur en droit : *Recherches sur l'exception d'inexécution.* Préface de Pierre RAYNAUD, professeur à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Paris. 1971.

TOME 120. — CHAMPENOIS (Gérard), maître de conférences agrégé à la Faculté de Droit et des Sciences politiques de l'Université de Dijon : *Réclamation d'état et revendication d'enfant légitime.* Préface de Jacques FLOUR, professeur à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Paris. 1971.

TOME 121. — COUTURIER (Gérard), agrégé des Facultés de Droit : *La confirmation des actes nuls.* Préface de Jacques FLOUR, professeur à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Paris. 1972.

TOME 122. — ALTER (Michel), maître de conférences, agrégé à la Faculté de Droit de l'Université des Sciences sociales de Grenoble, professeur à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Beyrouth : *L'obligation de délivrance dans la vente des meubles corporels.* Préface de Pierre CATALA, professeur à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Paris II. 1972.

TOME 123. — BAUDRON (Anne-Marie), docteur en droit : *La suspension provisoire des poursuites et l'apurement collectif du passif selon l'ordonnance du 23 septembre* 1967. Préface de Christian GAVALDA, professeur de droit commercial à l'Université de Paris I. 1972.

TOME 124. — BOUT (R.), maître de conférences agrégé à la Faculté de Droit et de Science politique d'Aix-Marseille : *La gestion d'affaires en droit français contemporain.* Préface de P. KAYSER, professeur à la Faculté de Droit et de Science politique d'Aix-Marseille. 1972.

TOME 125. — SERLOOTEN (P.), docteur en droit, chargé de cours à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Limoges : *Les biens réservés.* Préface de P. HÉBRAUD, professeur à la Faculté de Droit de l'Université des Sciences sociales de Toulouse. 1973.

TOME 126. — Retiré de la vente.

TOME 127. — DUPEYRON (C.), chargé de cours à l'Université des Sciences sociales de Toulouse : *La régularisation des actes nuls.* Préface de P. HÉBRAUD, professeur à l'Université des Sciences sociales de Toulouse. 1973, épuisé.

TOME 128. — BENABENT (A.), assistant et chargé d'enseignement à l'Université de Paris X - Nanterre : *La chance et le droit.* Préface de J. CARBONNIER, professeur à l'Université de Droit de Paris II. 1973.

TOME 129. — PUECH (M.), docteur en droit, chargé de cours à la Faculté de Droit et des Sciences politiques de Strasbourg : *L'illicéité dans la responsabilité civile extracontractuelle.* Préface de A. RIEG, professeur à la Faculté de Droit et des Sciences politiques de Strasbourg. 1973.

TOME 130. — MICHELET (E.), docteur en droit, maître-assistant à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Paris : *La règle du non-cumul du possessoire et du pétitoire.* Préface de R. PERROT, professeur à la Faculté de Droit de Paris. 1973.

TOME 131. — BERGEL (J.-L.), docteur en droit, chargé de cours à la Faculté de Droit et de Science politique d'Aix-Marseille : *Les servitudes de lotissement à usage d'habitation.* Préface de E. BERTRAND, directeur de l'Institut d'études judiciaires de l'Université d'Aix-Marseille. 1973.

TOME 132. — BERLIOZ (G.). — docteur en droit : *Le contrat d'adhésion.* Préface de B. GOLDMAN, président de l'Université de Droit, d'Economie et de Sciences sociales de Paris II. 2e éd. 1976.

TOME 133. — PENNEAU (J.), docteur en médecine, docteur en droit : *Faute et erreur en matière de responsabilité médicale.* Préface de A. TUNC, professeur à l'Université de Paris I. 1973.

TOME 134. — MARTIN (Didier), maître de conférences agrégé : *L'entreprise agricole dans les régimes matrimoniaux.* Préface de J. BÉGUIN, professeur à la Faculté de Droit de Rennes. 1974.

TOME 135. — ROUJOU DE BOUBEE (Marie-Eve), docteur en droit, lauréate du Concours général des Facultés de Droit (1960 et 1962) : *Essai sur la notion de réparation.* Préface de P. HÉBRAUD, professeur à l'Université des Sciences sociales de Toulouse. 1974.

TOME 136. — POULPIQUET (Jeanne de), docteur en droit, chargé de cours à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de l'Université de Nice : *La responsabilité civile et disciplinaire des notaires.* (De l'influence de la profession sur les mécanismes de la responsabilité.) Préface de Pierre-André SIGALAS, professeur des Facultés de Droit. 1974.

TOME 137. — GUERRIERO (Marie-Antoinette), docteur en droit : *L'acte juridique solennel.* Préface de J. VIDAL, professeur à l'Université des Sciences sociales de Toulouse. 1975.

TOME 138. — PIERRE-FRANÇOIS (Georges-L.), docteur en droit, chargé de cours à la Faculté de Droit d'Oran : *La notion de dette de valeur en droit civil,* essai d'une théorie. Préface de P. RAYNAUD, professeur à l'Université de Droit, d'Economie et de Sciences sociales de Paris. 1975.

TOME 138. — TEYSSIE (Bernard), docteur en droit : *Les groupes de contrats.* Préface de J.-M. MOUSSERON, professeur à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Montpellier. 1975.

TOME 140. — CRIONNET (Marcel), docteur en droit, chargé de cours à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Besançon : *Les droits intellectuels et les régimes matrimoniaux en droit français.* Préface de André FRANÇON, professeur à l'Université de Droit, d'Economie et de Sciences sociales de Paris. 1975.

TOME 141. — TEMPLE (H.), docteur en droit, assistant au Centre Universitaire de Perpignan : *Les sociétés de fait.* Préface de J. CALAIS-AULOY, professeur à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Montpellier. 1975.

TOME 142. — PAPACHRISTOS (A.-C.), docteur en droit, assistant à la Faculté de Droit d'Athènes : *La réception des droits privés étrangers comme phénomène de sociologie juridique.* Préface de J. CARBONNIER, professeur à l'Université de Paris II. 1975.

TOME 143. — TOMASIN (Daniel), docteur en droit, chargé de cours à l'Université des Sciences sociales de Toulouse I : *Essai sur l'autorité de la chose jugée en matière civile.* Préface de Pierre HÉBRAUD, professeur à l'Université des Sciences sociales de Toulouse I. 1975.

TOME 144. — ROZES (Louis), maître-assistant à l'Université des Sciences sociales de Toulouse : *Les travaux et constructions du preneur sur le fonds loué.* Préface de Pierre HÉBRAUD. 1976.

TOME 145. — GUINCHARD (Serge), agrégé des Facultés de Droit : *L'affectation des biens en droit privé français.* Préface de Roger NERSON. 1976.

TOME 146. — GENIN-MERIC (Régine), docteur en droit : *La maxime « locus regit actum », nature et fondement.* Préface de Jean VINCENT. 1976.

TOME 147. — PATENAUDE (Pierre), professeur agrégé à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke : *La protection des conversations en droit privé.* Préface de J.-L. BAUDOUIN, professeur à la Faculté de droit de l'Université de Montréal. 1976.

TOME 148. — PETRANKER (Léon), docteur en droit de propriété industrielle : *Droit français et droit allemand en matière de brevets concernant la protection de différentes inventions dans le domaine de la chimie.* Préface de A. FRANÇON, professeur à l'Université de Droit, d'Economie et de Sciences sociales de Paris. Avant-propos de F.-K. BEIER, professeur de droit à l'Université de Munich. 1976.

TOME 149. — GASTAUD (Jean-Pierre), docteur en droit : *Personnalité morale et droit subjectif.* Préface de J.-P. SORTAIS, professeur des Facultés de Droit. 1977.

TOME 150. — MIGUET (Jacques), maître-assistant à l'Université des sciences sociales de Toulouse I : *Immutabilité et évolution du litige.* Préface de Pierre HÉBRAUD, professeur honoraire à l'Université des Sciences sociales de Toulouse. 1977.

TOME 151. — DEKEUWER-DEFOSSEZ (Françoise), docteur en droit : *Les dispositions transitoires dans la législation civile contemporaine.* Préface de M. GOBERT, professeur à l'Université de Lille II. 1977.

TOME 152. — *L'information en droit privé.* Travaux de la conférence d'agrégation. Collectif sous la direction de Y. LOUSSOUARN et P. LAGARDE, professeurs à l'Université de Paris.

TOME 153. — RAVANAS (Jacques), docteur en droit : *La protection des personnes contre la réalisation et la publication de leur image.* Préface de P. KAYSER, professeur honoraire à l'Université de Droit, d'Economie et des Sciences d'Aix-Marseille. 1978.

TOME 154. — MALINVERNI (Pierre), docteur en droit : *Les conditions générales de vente et les contrats types des chambres syndicales.* Préface de J. HÉMARD, doyen honoraire de la Faculté de Droit de Lille, professeur à l'Université de Droit, d'économie et de Sciences sociales de Paris. 1978.

TOME 155. — MARTY (Jean-Pierre), docteur en droit, avocat : *Dissociation juridique de l'immeuble.* Préface de P. HÉBRAUD. 1978.

TOME 156. — VIANDIER (Alain), docteur en droit, assistant à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Rouen : *La notion d'associé.* Préface de F. TERRÉ, professeur à l'Université de Droit, d'Economie et de Sciences sociales de Paris. 1978.

TOME 157. — CORLAY (Paul), docteur en droit, chargé de cours à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de l'Université de Bretagne occidentale : *La notion de soustraction frauduleuse et la conception civiliste objective de la possession.* Préface de J.-D. BREDIN, professeur à la Faculté de Droit de Paris 1. 1978.

PREFACE

En dix ans, la société anonyme à directoire n'a pas réussi à s'implanter. Les statistiques montrent qu'elle n'a fait dans la pratique qu'une percée modeste et hésitante. Plusieurs retours au système classique du conseil d'administration ont même été constatés. La prudence ou la crainte des praticiens à l'égard des innovations mal maîtrisées, le poids des habitudes, peuvent être la cause d'un faible engouement. Les abandons seraient plutôt le signe d'une inadaptation aux besoins ressentis et aux situations vécues.

La structure nouvelle est pourtant rationnellement beaucoup plus séduisante que l'ancienne. La confusion des pouvoirs et des hommes qui existe entre le conseil d'administration et la direction dans le type traditionnel fait place à une séparation nette : aux uns la direction sans partage, à d'autres le contrôle, la surveillance efficace des dirigeants.

Alors, comment expliquer le semi-échec du système ? Présente-t-il des défauts structurels ou fonctionnels majeurs qui le condamneraient dans la majorité des cas ? Suffirait-il de quelques retouches mineures pour l'améliorer et favoriser son expansion ? Les perspectives de réaliser grâce à lui une certaine réforme de l'entreprise et une harmonisation des droits européens sont-elles illusoires et vouées à l'échec ?

Pour répondre à ces interrogations, M. Paul Le Cannu a procédé à une étude exhaustive de la société anonyme à directoire. L'analyse minutieuse de tous les rouages de cette technique, de toutes les difficultés qu'elle soulève, des obstacles qui la menacent ou la paralysent, des finalités qu'elle peut satisfaire, lui permet de se livrer à une réflexion approfondie sur ses mérites et ses défauts, sur les espoirs et les déceptions qu'elle recèle. Après les nombreux commentaires déjà consacrés à cette nouvelle organisation de la société anonyme, l'ouvrage qu'il publie mérite de retenir l'attention par son importance et sa qualité.

Le plan choisi s'inscrit dans une perspective « dynamique » qui permet de découvrir « la structure » (première partie) du système avant de connaître « les hommes » (deuxième partie) « qui la font vivre ». La place privilégiée accordée à la structure est conforme à la finalité de la nouvelle formule, qui « ne répond pas essentiellement aux préoccupations devenues classiques dans le droit des sociétés, c'est-à-dire la protection de l'épargne et la protection des tiers. Elle déplace l'accent sur le problème de la « structuration ». Le régime personnel des dirigeants sociaux occupe une position seconde; « il ne fait qu'obéir, pour l'essentiel, aux conséquences de la nouvelle répartition des fonctions ».

L'étude de la structure conduit l'auteur à décrire les nouveaux organes avant d'apprécier leur influence sur les autres organes et sur la conception globale de la société anonyme.

La présentation des nouveaux organes s'ordonne autour de « deux facteurs structuraux » : la collégialité et la répartition des fonctions. Il est certain que la collégialité a inspiré la conception du directoire. Mais elle est à l'origine d'une grave incertitude. Si le président du directoire n'est investi que d'un pouvoir de « représentation » (L. art. 126), doit-il justifier auprès des tiers qu'il respecte

le pouvoir de décision conféré au directoire (L. art. 124) ? Si pour l'efficacité de la gestion et la sécurité des tiers on le dispense de cette justification, que devient la collégialité ? La position du président du directoire se rapproche sérieusement de celle du président du conseil d'administration. « Pourquoi, suggère M. Le Cannu, ne pas remplacer le système actuel de compromis bâtard par l'offre de deux solutions, l'une pleinement collégiale, l'autre franchement individualiste ? »

Les rapports du directoire et du conseil de surveillance fournissent une autre illustration de la fragilité de la structure. Certes, la répartition des fonctions est claire et logique, et tout ira bien s'il s'instaure une collaboration normale entre les deux organes. « La soumission du directoire » ou « l'inertie du conseil » ne sera peut-être qu'un moindre mal. Mais les conflits tourneront nécessairement à l'avantage du conseil. La stabilité du directoire demeure précaire. Ce n'est pas le pouvoir de révocation confié à l'assemblée qui suffit à rétablir l'équilibre des forces. Si le conseil de surveillance a la confiance de l'assemblée, et par hypothèse il l'a, il peut réduire le directoire à un rôle d'exécutant.

De toute façon, le pouvoir de contrôle permanent confié au conseil de surveillance a une influence sur les autres organes. L'auteur nous montre qu'il s'accompagne d'un certain déclin de la souveraineté de l'assemblée et d'une nécessaire collaboration avec les commissaires aux comptes. « L'influence des nouveaux organes sur la société anonyme dans son entier » lui permet de prolonger ses réflexions au-delà de la technique juridique. Outre les thèmes classiques sur la conception fondamentale de la société anonyme, sur l'organisation, la réforme et la conception de l'entreprise, sur la cogestion et la cosurveillance, sur le permanent diptyque contrat-constitution, il porte un intérêt particulier à la notion de système et à l'utilisation de la systématique dans les sciences juridiques.

La deuxième partie, consacrée au statut des « hommes », présente sans doute moins d'originalité. Elle est néanmoins construite avec beaucoup de soin et toujours émaillée de réflexions personnelles dignes d'intérêt. Elle fait clairement ressortir les avantages de la société à directoire tant pour les membres du directoire (statut fiscal et social de salarié, facilité de cumul des fonctions avec un emploi salarié) que pour ceux du conseil de surveillance (en cas de liquidation des biens ou de règlement judiciaire, il est préférable d'être membre d'un conseil de surveillance que d'un conseil d'administration). Mais elle montre qu'en ce domaine il peut y avoir des causes de rejet. L'impossibilité pour un salarié d'être membre du conseil de surveillance en est une. Il serait pourtant aisé et sans doute opportun de mettre fin à cette interprétation de la loi.

Ce bref aperçu ne peut pas rendre compte de toute la richesse contenue dans l'ouvrage de M. Le Cannu. Celui qui en poursuivra la lecture découvrira bien sûr toutes les subtilités de la société anonyme à directoire, mais aussi des observations judicieuses sur la valeur des solutions retenues. L'auteur n'hésite pas à s'engager. Il ne le fait pas avec légèreté. Ses conclusions sont étayées par une documentation très complète et une culture juridique étendue. Elles sont servies par la rigueur du raisonnement et l'élégance du style, ainsi que par le sens de la nuance et la sagesse de la pondération. Les promesses que sa réussite pédagogique dans les fonctions d'assistant avaient laissé entrevoir trouvent ici une première confirmation.

JEAN DERRUPPE,
Professeur à la Faculté de Droit
de l'Université de Bordeaux I.

PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

Aj.	ajouter.
Aktg.	Aktiengesetz (loi allemande sur les sociétés par actions).
Al.	alinéa.
A.N.S.A.	Association Nationale des Sociétés par Actions.
A.P.D.	Archives de Philosophie du Droit.
Art.	Article. Art. D. 100 : article 100 du décret du 23 mars 1967 (n° 67-236). Art. L. 121 : article 121 de la loi du 24 juillet 1966 (n° 66-537).
Ass. Nat.	Assemblée Nationale.
B.D.C.	Bibliothèque de Droit Commercial (Sirey).
B.D.P.	Bibliothèque de Droit Privé (L.G.D.J.).
Bull.	*Bulletin des arrêts de la Cour de Cassation* (Chambres Civiles, Commerciale, et Sociale).
Bull. Crim.	*Bulletin des arrêts de la Chambre Criminelle de la Cour de Cassation.*
Bul. Inf. Soc.	*Bulletin mensuel d'Information des Sociétés* (Joly).
Bul. Cons. Nat. Com. aux Comptes	*Bulletin du Conseil National des Commissaires aux Comptes.*
C.A.	Cour d'Appel.
Cass.	Cour de Cassation.
C. Civ.	Code Civil.
C. Com.	Code de Commerce.
C.E.	Conseil d'Etat.
cf.	confère.
chr., chron.	chronique.
Civ.	Chambre Civile de la Cour de Cassation.
col.	colonne.
Com.	Chambre Commerciale de la Cour de Cassation.
com.	communication (A.N.S.A.).
comp.	comparer.
contra	opinion contraire.
C. Pén.	Code Pénal.
C. Pr. Civ.	Code de Procédure Civile.
Crim.	Chambre Criminelle de la Cour de Cassation.
Crit.	Critique.
C. Trav.	Code du Travail.
D.	*recueil Dalloz.*
dactyl.	dactylographié.
Déb.	Débats.
der.	dernier.
Dict.	Dictionnaire.
Doctr.	Doctrine.

Dr.	Droit.
Dr. Soc.	*Droit Social* (revue).
éd.	édition.
Encycl.	Encyclopédie.
eod. loc.	même citation.
Et.	Etudes.
fasc.	fascicule.
Gaz. Pal.	*Gazette du Palais.*
ibid.	au même endroit.
I.C.E.	*Informateur du Chef d'Entreprise.*
in	à l'intérieur (de tel ouvrage).
infra	ci-dessous, plus loin.
I.R.	Informations Rapides (du recueil Dalloz).
J. Agrégés	*Journal des Agrégés* (désormais *Revue de Jurisprudence commerciale*).
J.-Cl.	Juris-Classeur (Civ. : civil; Com. : commercial; Soc. : Sociétés).
J.C.P.	*Semaine Juridique.* (éd. G. : édition Générale; éd. C.I. : édition Commerce et Industrie).
J.O.	*Journal Officiel.*
J. Not.	*Journal des Notaires et des Avocats.*
J. Soc.	*Journal des Sociétés.*
L.G.D.J.	Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.
Mél.	Mélanges.
n.	note.
obs.	observations.
op. cit.	ouvrage cité.
ord.	ordonnance.
p.	page.
préc. ou précit. ..	précité.
rapp.	rapport.
rappr.	rapprocher.
Rec. Acad. Législ. Toulouse	*Recueil de l'Académie de Législation de Toulouse.*
Rec. Gén. Lois ..	*Recueil Général des Lois.*
réd.	rédaction.
réf.	référence.
Rép.	Répertoire.
Rép. Min.	Réponse Ministérielle (Just. : du ministre de la Justice; Eco. et Fin. : du ministre de l'Economie et des Finances; Trav. : du ministre du Travail).
Rép. Not. Defr. ..	*Répertoire du Notariat Defrénois.*
Req.	Chambre des Requêtes de la Cour de Cassation.
Réun.	Chambres Réunies de la Cour de Cassation.
Rev. Fiduc.	*Revue Fiduciaire.*
Rev. Fr. Compta.	*Revue Française de Comptabilité.*
Rev. Gén. Dr. Com.	*Revue Générale de Droit Commercial.*

Rev. Huissiers	*Revue des Huissiers.*
R.I.D.C.	*Revue Internationale de Droit comparé.*
Rev. Jur. Com. ..	*Revue de Jurisprudence Commerciale.*
Rev. Jur. et Eco. du Sud-Ouest	*Revue Juridique et Economique du Sud-Ouest* (ici, série juridique).
Rev. Sc. Crim. ..	*Revue de Sciences Criminelles.*
Rev. Soc.	*Revue des Sociétés.*
Rev. Synd. et Adm. judic.	*Revue des Syndics et des Administrateurs judiciaires.*
Rev. Trim. Dr. Civ.	*Revue Trimestrielle de Droit Civil.*
Rev. Trim. Dr. Com.	*Revue Trimestrielle de Droit Commercial.*
Rev. Trim. Dr. Europ.	*Revue Trimestrielle de Droit Européen.*
S.	*Sirey* (recueil jurisprudentiel).
Soc.	Chambre Sociale de la Cour de Cassation.
somm.	sommaires (recueil Dalloz).
spé.	spécialement.
supra	ci-dessus.
t.	tome.
T. Com.	Tribunal de Commerce.
T. Cor.	Tribunal Correctionnel.
T.G.I.	Tribunal de Grande Instance.
th.	thèse.
trad.	traduction.
Tx. Assoc. H. Capitant	Travaux de l'Association Henri Capitant.
v.	voir.
v°	verbo, mot.
vol.	volume.

INTRODUCTION

1. — Instrument juridique reconnu de l'essor du Capitalisme (1), la société anonyme ne cesse d'être la cible des réformes. Comment s'en étonner ? De même que la société globale où elle est utilisée, la société anonyme doit faire face à la crise de croissance qui affecte l'économie et que les récessions conjoncturelles ne font encore qu'atténuer.

Or, elle a su s'adapter à une très grande quantité de besoins divers, de la petite société greffée sur l'entreprise individuelle jusqu'aux édifices, impressionnants et mobiles, des groupes de sociétés. Sa plasticité a séduit aussi bien les praticiens que les réformateurs de toute espèce. C'est elle qui a permis d'attirer puis de retenir une bonne partie de l'épargne. C'est aussi sur elle qu'on a compté pour réaliser la réforme sociale : dès Jaurès, qui la tenait pour l'instrument possible de l'émancipation des travailleurs, l'idée du capitalisme populaire ou de l'association capital-travail passait par la société anonyme.

Un tel succès explique pourquoi la société anonyme n'est pas restée, comme d'autres techniques juridiques, la propriété exclusive des juristes. Elle est devenue une sorte de phénomène social, l'un des lieux privilégiés du pouvoir et de l'argent, un mythe dans lequel se cristallisent espoirs et refus.

Ce dynamisme, cette polyvalence ont constamment obligé le législateur à réviser le droit positif : il a dû à maintes reprises (2) intervenir pour fixer de façon impérative certaines pratiques très usitées, pour consacrer des solutions jurisprudentielles, ou pour limiter certaines sources d'abus. L'histoire législative de la société anonyme est celle d'une réglementation toujours plus serrée, mais qui s'est toujours faite à partir de la construction existante.

Pourtant, insensiblement, la silhouette juridique a changé dans ses traits les plus marquants. A l'orée de la « révolution industrielle », la société anonyme est une formule encore proche de l'article 1832 du Code civil, sur laquelle on peut broder librement, en utilisant notamment le contrat de mandat. De nos jours, la voici nécessairement pourvue d'organes dont le rôle est précisément délimité et dont les membres doivent respecter de nombreuses conditions légales.

En un siècle s'est élaborée une technique spécifique avec ses contraintes particulières. Le législateur a progressivement affiné son modèle, en choisissant de façon toujours plus limitative parmi les virtualités du schéma orignaire.

La loi du 24 juillet 1966 a poursuivi cette évolution en réformant la société anonyme de type classique. Mais elle a par ailleurs changé d'orientation en proposant, à côté de la formule pourvue d'un conseil d'administration, un autre modèle de société anonyme, doté d'un directoire et d'un conseil de surveillance.

(1) RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, 2e éd., p. 28.
(2) Citons, parmi les plus marquantes, les lois du 24 juill. 1867, du 16 nov. 1940 et du 4 mars 1943, la loi du 24 juill. 1966, les décrets-loi du 8 août 1935, etc., v. RIPERT et ROBLOT, t. 1, nos 499 et s.

2. — Cette solution n'existait pas dans le projet de loi gouvernemental. Elle a été introduite au cours des débats parlementaires par voie d'amendements, présentés par René Capitant et le rapporteur du projet devant l'Assemblée nationale, M. F. Le Douarec (3).

Les idées invoquées pour fonder les amendements portaient bien la marque d'une certaine innovation, relativement au droit français.

Pour René Capitant, il s'agissait d'abord de tenir compte de la distinction, plus affirmée en droit allemand, entre les fonctions de direction et les fonctions de contrôle. « Ainsi, à la place du conseil d'administration seraient institués deux organismes : un comité de direction, composé d'hommes ayant la confiance des actionnaires, choisis en raison des qualités de dynamisme qui font les véritables chefs, et, d'un autre côté, un conseil de surveillance, composé d'actionnaires délégués par l'assemblée générale, non point en vue de diriger, mais en vue de contrôler les directeurs au nom des apporteurs de capitaux, et qui aurait pouvoir de révoquer les directeurs, s'ils venaient à ne plus mériter leur confiance. » (4)

Le deuxième avantage attendu de la nouvelle formule résidait dans « l'harmonisation du droit européen, qui semble devoir se faire autour du droit allemand ». Une ample approbation pouvait être espérée à ce sujet : ce n'était pas la première fois que le droit français recevait ou, seulement, adaptait une technique juridique étrangère. Et le succès économique allemand semblait constituer un gage sérieux (5).

Troisième et dernier avantage, le type nouveau était censé préparer la « réforme de l'entreprise ». Sur un ton prophétique, l'ancien garde des Sceaux déclarait : « La nouvelle structure des sociétés anonymes ne réalise certainement pas à elle seule ce qu'on appelle " la réforme de l'entreprise ", mais, le jour venu, le jour où les choses seront mûres, et où la majorité de cette Assemblée estimera qu'elle doit enfin résoudre ce problème posé depuis longtemps, la nouvelle structure proposée clarifiera singulièrement la situation et facilitera l'évolution. »

« Car, de même que nous aurons soumis le comité de direction au contrôle d'un organe représentant le capital, en l'occurrence les actionnaires, de même un jour viendra où le comité d'entreprise, qui existe dès maintenant dans l'entreprise et qui y constitue l'organe représentatif du travail, pourra se voir confier de nouveaux pouvoirs de contrôle... »

René Capitant s'infligeait d'ailleurs une auto-censure sévère, en affirmant que « le comité d'entreprise n'est pas fait pour diriger l'entreprise, ni même pour partager cette direction ». « Mais on peut concevoir, ajoutait-il, qu'il contrôle la direction au nom du travail, comme le conseil de surveillance le fera au nom du capital. Progressivement, il sera possible de donner au personnel des droits juridiquement égaux à ceux des actionnaires. »

3. — L'accueil réservé à l'amendement par les parlementaires ne fut pas des plus chaleureux (6).

(3) V. le rapport n° 1368, t. 2, sur le projet de loi n° 1003, session ordinaire 1964-1965; pour simplifier les choses, nous nous permettrons de parler de « l'amendement Capitant - Le Douarec », sachant qu'il s'agit en réalité d'une « liasse de vingt-huit amendements ».

(4) *J.O.*, Débats Ass. Nat., séance du 8 juin 1965, p. 1866.

(5) Rapport Le Douarec, n° 1368, p. 33.

(6) V. les analyses des débats parlementaires notamment dans : HÉMARD, TERRÉ et MABILAT, t. I, n°s 1044 et s.; H. LECOMPTE, La société anonyme avec directoire, *Rev. Trim. Dr. Com.* 1968, p. 243; J. DERRUPPÉ, Le régime nouveau des sociétés commerciales, *Gaz. Pal.* 1966, 2, Doctr., spé. p. 157.

Certes, l'Assemblée Nationale reconnut la valeur de la distinction entre la direction et le contrôle : elle permet une meilleure structuration de la société anonyme et une protection plus sérieuse des actionnaires (7) en assurant un contrôle plus efficace et en adaptant le cadre juridique aux nécessités de la concentration (8).

Mais l'Assemblée réagit vigoureusement contre la timide avancée proposée en direction de la « réforme de l'entreprise » (9).

Encore plus hostile à ce thème (10), le Sénat fit un barrage beaucoup plus complet contre l'amendement Capitant - Le Douarec. Après avoir envisagé le retrait pur et simple de la formule (11), il se battit, sous l'influence déterminante du rapporteur, M. E. Dailly, pour réduire les innovations et rapprocher la formule dualiste du type classique.

Non sans quelque contradiction, on dénonça le fait que « l'unification du droit européen proposée était très imparfaite » (12). Certes, le conseil de surveillance avait dans l'amendement moins de pouvoirs que l'Aufsichtsrat allemand. Cependant, l'idée véritable du Sénat était plutôt de le rapprocher du conseil d'administration français afin d'éviter la toute-puissance des « salariés supérieurs » que ne manquerait pas d'installer le comité de direction (13).

Mais l'Assemblée Nationale s'opposa à une déformation excessive du projet initial. De nombreuses discussions techniques s'ensuivirent; nous n'en retiendrons pour l'instant qu'une seule, qui symbolise parfaitement le climat dans lequel la société à directoire a été élaborée. Il s'agit des débats sur le nom de l'organe de gestion et sur la qualification de ses membres.

Le Sénat substitua aux termes de « comité de direction » l'expression « conseil de direction » (14). Pour éviter toute confusion avec le conseil d'administration, l'Assemblée Nationale retint le mot « directoire », « qui se définit comme un conseil chargé d'une direction » (15). Il fallut avoir recours à la commission mixte paritaire pour surmonter les « réminiscences historiques » et adopter définitivement cette appellation (16).

Quant aux membres du comité de direction, ils étaient qualifiés dans l'amendement de « directeurs généraux » (17). Le Sénat s'opposa fermement à cette solution qui ferait des dirigeants de la société des « technocrates d'entreprise » (18); l'expression « directeur général » fut finalement réservée par la commission mixte paritaire à ceux des membres du directoire qui sont investis du pouvoir de représenter la société (19).

(7) V. Les déclarations du garde des Sceaux de l'époque, M. Jean Foyer. *J.O.*, Déb. Ass. Nat., séance du 8 juin 1965, p. 1867.

(8) Rapport Le Douarec, n° 1368, p. 36.

(9) En deuxième lecture seulement, *J.O.*, Débats Ass. Nat., séance du 10 juin 1966, sous l'art. 112-14.

(10) *J.O.*, Déb. Sénat, séance du 14 avril 1966, p. 118; 22 avril 1966, p. 259.

(11) *J.O.*, Déb. Sénat, séance du 14 avril 1966, p. 121.

(12) Rapport Dailly, n° 81, *J.O.*, Sénat, Documents et Annexes, 1965 (p.-v. du 19 nov.), p. 151.

(13) *J.O.*, Déb. Sénat, séance du 22 avril 1966, p. 251; v. H. Labord, *Directoire et conseil de surveillance*, collection « la vie de l'entreprise », Dunod, 1969, qui qualifie de « conservatrice » la volonté du Sénat.

(14) Rapport Dailly, n° 81, p. 153.

(15) *J.O.*, Déb. Ass. Nat., séance du 10 juin 1966, p. 1937.

(16) *J.O.*, Sénat, Documents et Annexes, rapport n° 255, session 1965-1966.

(17) Rapport Le Douarec, n° 1368, sous l'art. 112-2.

(18) *J.O.*, Déb. Sénat, séance du 22 avril 1966, p. 251.

(19) Rapport n° 255, sous l'art. 112-8 *quater*.

4. — A l'examen des articles L. 118 à 150 de la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966, on peut cependant estimer que le jeu parlementaire a bien fonctionné. Le Sénat a réussi à donner au type nouveau un « habit à la française », selon l'heureuse expression du sénateur Dailly (20); l'Assemblée Nationale est parvenue à préserver l'originalité d'une formule dualiste distincte du conseil d'administration.

Pourtant, les vicissitudes prénatales ont peut-être dissuadé les usagers potentiels de la société anonyme à directoire de faire l'effort d'un changement volontaire de forme sociale.

C'est qu'en effet le type nouveau n'est jamais que facultatif. L'Assemblée Nationale n'a pas accepté qu'il remplace « brusquement » la formule classique (21). Et si son adoption est relativement aisée — une décision de modification des statuts suffit —, il est aussi simple de revenir à la forme classique (22).

En outre, la société à directoire n'a jamais reçu l'appui, pourtant envisagé, d'une incitation fiscale particulière. Dans son rapport sur la loi de finances pour 1965, Louis Vallon avait proposé de réserver à cette société une réduction du taux de l'impôt sur les sociétés, destinée à encourager les investissements productifs (23).

Cela montre l'importance que les « Gaullistes de gauche » donnaient à la création de René Capitant; mais il faut y voir aussi l'explication d'une partie, sans doute importante, de l'hostilité du Parlement et notamment du Sénat (24).

A ces handicaps, se joint naturellement, chez les usagers, la méfiance devant une technique nouvelle.

5. — Il est vrai que les grands traits des deux nouveaux organes correspondent à une conception bien différente de celle du conseil d'administration. L'originalité essentielle réside dans l'existence d'un nouveau principe de structuration, qui déplace le centre de gravité de la société anonyme : la distinction entre la direction et le contrôle.

L'organe spécialisé dans la direction, dans la gestion de la société est le directoire, le plus souvent collégial. Ses membres, peu nombreux, sont nommés par le conseil de surveillance; ils obéissent à des conditions assez sévères (cumuls, âge, etc.), mais ils jouissent d'une relative stabilité (révocation par l'assemblée sur proposition du conseil, indemnisation si la révocation n'est pas justifiée).

Quant au conseil de surveillance, il a pratiquement la même structure que le conseil d'administration, et ses membres obéissent à de nombreuses règles élaborées pour les administrateurs. Mais il tire sa spécificité de ses attributions, puisqu'il ne gère pas la société, et qu'il n'est responsable que de ses fautes de contrôle.

Ce nouveau couple d'organes est chargé de la « direction et de l'administration de la société anonyme ». Cette formulation de la section III du chapitre consacré par la loi du 24 juillet 1966 aux sociétés par actions n'est pas de la meilleure venue. Si elle s'adapte parfaitement au type classique (sous-section I, Conseil d'administration), elle ne correspond pas à la structure du nouveau type, fondé sur une autre répartition des fonctions.

(20) Rapport Dailly, n° 81, p. 152.
(21) Rapport Le Douarec, n° 1368, p. 34.
(22) Et non à la majorité des trois quarts du capital, comme le demandait M. Pleven (rapport n° 1368, art. 112-1). V. art. L. 118, al. 1er, et L. 153, al. 1er. Le changement n'est pas soumis aux conditions des art. L. 236 et s.
(23) Art. 33, *J.O.*, Déb. Ass. Nat., séance du 7 oct. 1965, p. 3357.
(24) V. les déclarations d'E. Dailly, *J.O.*, Déb. Sénat, séance du 14 avril 1966, p. 121.

Il était à vrai dire assez délicat de trouver un titre commun pour désigner deux couples profondément dissemblables : le conseil d'administration et son président, le conseil de surveillance et le directoire n'obéissent pas aux mêmes clivages. Il n'y a entre eux de correspondance que sur des points de détail. Il est essentiel de considérer, dès le départ, que le directoire n'est pas une sorte de « P.D.G. collectif », ni le conseil de surveillance un conseil d'administration rénové. Cela, même si l'on estime que la nouvelle structure doit beaucoup à la pratique effective de l'ancienne (25).

On ne pourrait d'ailleurs aménager une société anonyme hybride qui prendrait à chaque type l'un de ses organes (26). Le directoire et le conseil de surveillance sont inséparables au point que, lorsqu'il a fallu arrêter la dénomination officielle de la formule nouvelle, on a dû choisir une formule à rallonge intégrant cette particularité. L'article D. 56 (al. 2) dispose ainsi que « si la société anonyme est dotée d'un directoire et d'un conseil de surveillance, la forme sociale doit être indiquée par les mots : " société anonyme régie par les articles 118 à 150 de la loi sur les sociétés commerciales " ».

Un titre plus bref a été choisi pour la présente étude. Il se justifie par le fait que le directoire ne va pas sans le conseil de surveillance, alors que l'inverse n'est pas vrai (27).

6. — Signalons toutefois, bien que cela dépasse le cadre assigné à notre recherche, que l'on peut utiliser ce couple d'organes en dehors de la société anonyme. Notamment, il peut y avoir un directoire et un conseil de surveillance dans les groupements d'intérêt économique (28), dans les sociétés coopératives et les sociétés à capital variable (29), les sociétés d'économie mixte ou les sociétés « anonymes » dont l'Etat est le seul actionnaire (30) (cette structure est alors particulièrement bien adaptée, en l'absence d'assemblée générale).

Cependant, un tel aménagement n'est pas possible dans le cadre de la société en commandite par actions. La structuration légale de cette société repose en effet sur des fondements qui sont incompatibles avec une telle greffe.

La raison essentielle tient à la place des commandités (31), qui sont dans la situation d'associés en nom collectif et gèrent la plupart du temps la société. La nomination et les responsabilités des membres du directoire obéissent à des régimes bien différents.

Une autre raison importante vient de l'existence d'un conseil de surveillance dans la société en commandite par actions. Malgré l'identité d'appellation, cet organe doit être nettement distingué du conseil de surveillance de la société anonyme, à telle enseigne que les dispositions légales antérieures à 1966

(25) V., à ce propos, la thèse d'Y. DJIAN, *Le contrôle de la direction des sociétés anonymes dans les pays du marché commun*, Sirey, 1965, notamment p. 99.

(26) En ce sens, MERCADAL et JANIN, n° 1240.

(27) En matière de sociétés commerciales, on connaissait déjà le conseil de surveillance de la société à responsabilité limitée, disparu en 1966, alors qu'est maintenu celui de la société en commandite par actions — v. n° 6. Il en existe aussi dans les sociétés civiles faisant appel public à l'épargne, art. 16 de la loi n° 70-300 du 13 déc. 1970.

(28) Ordonnance n° 67-821 du 23 sept. 1967, art. 9. V. GUYON et COQUEREAU, *Le groupement d'intérêt économique*, Dalloz, 2e éd., 1973, nos 54 et 133; J. GUYENOT, *Les contrats de groupement d'intérêt économique*, L.G.D.J., 1970, nos 133 et 184.

(29) V., par ex. pour les coopératives agricoles, le décret n° 73-1025 du 7 nov. 1973; pour les sociétés à capital variable, v. RIPERT et ROBLOT, t. I, n° 1635.

(30) V., par ex., L'Entreprise minière et chimique, établissement public à caractère industriel et commercial (décret du 20 sept. 1967), la société des poudres et explosifs, etc.

(31) R. RODIÈRE, *Groupements commerciaux*, n° 273; HÉMARD, TERRÉ et MABILAT, t. II, n° 1362; J. DERRUPPÉ, *Encycl. Dalloz Sociétés*, v° *Commandite par actions*, n° 4; RIPERT et ROBLOT, t. I, nos 1624 et s.

ne concernent pas ce dernier alors même qu'elles font allusion au « conseil de surveillance », sans autre précision (32).

C'est que le conseil de surveillance de la commandite, organisé librement par les statuts, est composé uniquement de commanditaires (33). Il contrôle la gestion de la société, et, pour ce faire, « dispose des mêmes pouvoirs que les commissaires aux comptes » (art. L. 257, al. 1er).

Or, dans la société anonyme, le conseil de surveillance est composé de tous actionnaires, il dispose de pouvoirs particuliers de contrôle, il est soumis à une certaine organisation légale; il est en outre chargé de nommer le directoire, d'en proposer la révocation et de lui accorder des autorisations. Son rôle est donc plus vaste, ce qui s'explique naturellement par l'absence, dans la société anonyme, d'associés indéfiniment responsables.

De toute manière, on peut affirmer que le couple directoire et conseil de surveillance a été conçu en fonction de la société anonyme. Il peut d'ailleurs être utilisé dans toutes les sortes de sociétés anonymes qui existent, sauf, peut-être, la société anonyme à participation ouvrière, dont le conseil d'administration obéit à des règles non transposables au type nouveau (34).

7. — C'est bien sous l'angle d'une innovation propre à la société anonyme que fut accueillie la formule dualiste (35). L'appréciation émise par la doctrine fut plutôt partagée.

On apprécia la clarté intellectuelle de la distinction des fonctions (36), et la possibilité d'un « choix qui est la plus grande nouveauté de la loi » (37). La solution d'une « équipe de direction » autonome et stable semblait séduisante (38), de même que l'existence d'un « conseil de sages », pouvant à la fois conseiller et contrôler (39). Et l'on découvrait des intérêts aussi bien pour les sociétés petites et moyennes, notamment les sociétés de famille (40), que pour les grandes sociétés soumises à une dynamique de concentration (41).

(32) V., par ex., en matière d'interdiction, *supra*, n° 276.

(33) V. J. Derruppé, *op. cit.*, n° 67.

(34) V. l'art. 78 de la loi du 24 juill. 1867, réd. loi du 26 avril 1917.

(35) V. J. Derruppé, Le régime nouveau des sociétés commerciales, *Gaz. Pal.*, 1966, 2, Doctr. 141, spé. p. 157; R. Houin et F. Gore, La réforme des sociétés commerciales, *D.* 1967, Chron. 121, spé. n° 41; R. Plaisant et P. Delaisi, *Encycl. Dalloz Sociétés*, v° *Directoire et conseil de surveillance*, n° 5.

(36) A. Dalsace, Aperçu critique sur le projet de loi des sociétés commerciales, *Banque* 1964, 655; *Rev. Soc.* 1965, p. 1; L'administration et la direction des sociétés anonymes et le projet de loi sur les sociétés commerciales, *Rev. Trim. Dr. Com.* 1965, 13; Observations sur la loi sur les sociétés commerciales, *Rev. Soc.* 1967, 119; R. Sinay, La société anonyme de type nouveau du projet de loi français sur les sociétés commerciales, *Gaz. Pal.* 1966, 1, Doctr., p. 50; R. Plaisant, Les sociétés anonymes et la loi du 24 juill. 1966, *Banque* 1966, 749; M. J. Coffy, Le nouveau type d'administration des sociétés anonymes, *J. Not.* 1971, art. 50309, p. 1233; J. Paillusseau, *La société anonyme, technique d'organisation de l'entreprise*, B.D.C., n° 18, p. 217; Mercadal et Janin, n° 1701.

(37) Ripert et Roblot, t. I, n° 1010.

(38) M. Fahim, Le directoire dans les sociétés anonymes soumises aux articles 118 à 150..., *Rev. Soc.* 1969, 57.

(39) H. Lecompte, La société anonyme avec directoire, *Rev. Trim. Dr. Com.* 1968, 243; spé. p. 260.

(40) V. notamment, J. Derruppé, Le régime nouveau..., *op. cit.*; H. Lecompte, *op. cit.*; J. Burgard, Une nouvelle forme de gestion des sociétés anonymes, *Rev. Soc.* 1968, p. 249.

(41) B. Piedelièvre, Le directoire et le conseil de surveillance des sociétés anonymes de type nouveau, *Gaz. Pal.* 1968, 1, Doctr. 94, spé. n° 115; *Bull. Inf. Soc.* 1969, p. 137 . La société à directoire, avantages et inconvénients; *Rev. Fiduc.*, n° 477, 1968 : La société anonyme à directoire, et mars 1973 : Pour ou contre la société à directoire; Mercadal et Janin, n° 1701.

Des réserves furent émises par ceux qui estimaient néfaste le nouveau statut des gestionnaires (42), ou par ceux qui craignaient les difficultés d'adaptation d'une institution d'origine étrangère (43).

D'un autre côté, on regretta la « portée limitée de la réforme », qui n'a pas profité de l'exemple allemand pour réduire les attributions de l'assemblée générale des actionnaires (44). Mais on voyait aussi dans le président du directoire une séquelle du Fürherprinzip, illogique avec le principe de collégialité (45).

Les critiques les plus sévères furent adressées par M. D. Bastian. Pour cet auteur, le directoire rétablit la confusion, supprimée en 1940, entre la direction et l'administration. La collégialité peut faire ressurgir « l'émiettement des responsabilités » (46).

« Mais c'est surtout le fonctionnement même du nouveau système qui peut faire hésiter à l'adopter. » (47) M. Bastian perçoit en effet la limitation des pouvoirs de l'assemblée (notamment dans la nomination des organes de gestion). Et surtout, il s'interroge sur les risques de difficultés nouvelles qui pourraient intervenir entre le directoire et le conseil de surveillance, et obérer, voire paralyser le fonctionnement de la société (48).

8. — Il est certain que la société anonyme à directoire n'est pas, de même que l'Aktiengesellschaft allemand, une institution parfaite. Toutefois, son apparition en droit positif constitue un phénomène du plus haut intérêt, particulièrement du point de vue européen. Car c'est bien une structure dualiste que le projet Sanders (49), puis le projet C.E.E. (50), ont retenu pour la future société anonyme européenne. Certes, ces projets se heurtent à de sévères résistances, dues notamment au régime de participation des salariés (51). Ils n'en témoignent pas moins de la vogue de la formule à directoire et conseil de surveillance.

Mais cet esprit n'est pas partagé par les usagers français, qui jusqu'ici ont boudé cette formule (52). Et c'est toujours au niveau des projets qu'elle connaît un regain de considération.

Ainsi, la société anonyme à directoire tient une place importante dans le rapport présenté en février 1975 par le « comité d'étude pour la réforme de l'entreprise », dirigé par M. P. Sudreau (53). Ce comité, constitué en juillet 1974 à l'initiative du Président de la République, suivant une composition largement

(42) R. Rodière, Groupements commerciaux, *Précis Dalloz*, 7e éd., n° 200, p. 201.
(43) J. Burgard, art. préc.; Sarrut et Champaud, *Dictionnaire permanent de droit des affaires, Administration et direction des sociétés anonymes (avec directoire)*, n° 6.
(44) R. Houin et F. Gore, *op. cit.*, n° 43; comp. Hémard, Terré et Mabilat, t. I, n° 1051, p. 928.
(45) J.-J. Caussain, *J.-Cl. Sociétés*, fasc. 133-C, n° 63.
(46) D. Bastian, La réforme du droit des sociétés commerciales, *J.C.P.* 1968, I, 2183, n° 468.
(47) *Eod. loc.*, n° 470.
(48) *Eod. loc.*, n° 471.
(49) V. les dossiers de la commission C.E.E., série concurrence, 1967, n° 6.
(50) Publié à la *Revue des Sociétés*, 1972, p. 73, avec une présentation doctrinale de MM. Cathala et Gleichmann (p. 1). Pour d'autres intérêts en droit comparé, v. P. Lopez-Aufranc, L'administration de la société anonyme en droit argentin, *Rev. Soc.* 1978, 228.
(51) V. notamment M. Vasseur, Quelle société européenne ? *D.* 1972, Chron. 169; J. Boucourechliev, *Pour une S.A.R.L. européenne*, P.U.F., 1973. Comp. Rép. C.C.E. à M. P.-B. Cousté, du 25 janv. 1977, *Rev. Soc.* 1977, 577.
(52) V. J. Burgard, Heurs et malheurs de la société à directoire, *Rev. Jur. Com.* 1975, 279; J.-J. Caussain, La société à directoire : Bilan et perspectives, *J.C.P.* 1977, C.I., 12451.
(53) Mentionné dans cette étude sous le nom de « rapport Sudreau ». Les références seront prises dans l'édition 10-18.

diversifiée, a fait de la « cosurveillance » l'un de ses thèmes majeurs (54). Or, il s'agit d'un aménagement propre à la structure dualiste, d'une exploitation de ses possibilités spécifiques. De nombreuses améliorations ont été par ailleurs préconisées, tant pour le conseil d'administration et son président que pour le directoire et le conseil de surveillance.

Pour l'instant, les travaux du Comité Sudreau n'ont pas été suivis d'une réforme législative des sociétés anonymes. Un projet de loi n° 2510 a été déposé le 12 juillet 1976 (55) et n'a pas encore été discuté. Mais il ne contient que des retouches d'importance secondaire concernant le régime individuel des dirigeants sociaux, et une amélioration plus substantielle relative aux commissaires aux comptes. Un projet séparé traitant de la « cosurveillance » est annoncé depuis plus d'un an (56). La conjoncture politique de 1977 ne devait pas en hâter le dépôt.

Cela ne signifie pas que la société anonyme à directoire soit restée jusqu'à présent dans l'état où le législateur de 1966 l'a fait naître. Complétée par le décret d'application du 23 mars 1967 (57), elle a subi la succession des « réformes de la réforme » du droit des sociétés (58). Il serait fastidieux de les rappeler ici; signalons seulement, parmi les plus importantes, l'ordonnance n° 69-1176 du 20 décembre 1969 qui a étendu, dans l'intérêt de tiers, les pouvoirs des organes de gestion, ou la loi n° 70-1284 du 31 décembre 1970 instituant une limite d'âge pour les dirigeants sociaux.

Les autres sources du droit ont assez peu fonctionné. Certes, de nombreuses réponses ministérielles sont venues donner l'avis de l'administration sur des points obscurs (59), ou considérés comme tels, de la loi ou du décret. Mais l'avis le plus important pour la construction du droit positif, c'est-à-dire la jurisprudence, n'a pas été fréquemment sollicité. Les rares litiges ont essentiellement porté sur la révocation des membres du directoire (60) (et spécialement, de leur président), et sur la responsabilité des membres du conseil de surveillance (61).

9. — Cela ne signifie pas, néanmoins, malgré la qualité des ouvrages qui ont décrit les nouveaux organes (62), que l'étude de cette institution n'ait aujourd'hui plus d'intérêt.

(54) V. La réforme de l'entreprise, *Cahiers de droit de l'entreprise*, n° 3/4, 1975; J.-J. CAUSSAIN, Le rapport Sudreau et la société anonyme à directoire, *Droit et Economie*, 1975, p. 29. J. GUYENOT, L'adaptation du droit des sociétés aux réalités de l'entreprise selon le rapport Sudreau, *Gaz. Pal.* 7 et 9 oct. 1975; J.-M. VERDIER, Le rapport Sudreau, *R.I.D.C.* 1976, p. 771.

(55) *J.O.* du 22 juill. 1976, Documents et Annexes, Assemblée Nationale.

(56) *Le Monde*, 14 avril 1976. V. Les déclarations de M. Durafour, ministre du Travail, V. aussi l'exposé des motifs du projet n° 2510.

(57) V. HÉMARD, TERRÉ et MABILAT, *La réforme des sociétés commerciales*, décret du 23 mars 1967.

(58) Sur une partie de cette accumulation, voir les articles de MM. HÉMARD, TERRÉ et MABILAT, *Rev. Soc.* 1969, 9; 1970, 197; 1971, 270.

(59) Sur l'importance à attacher à cette « source », v. B. OPPETIT, Les réponses ministérielles aux questions écrites des parlementaires et l'interprétation de la loi, *D.* 1974, Chron. 107.

(60) V. *supra*, n°s 371 et s.; v. Ph. MERLE et E. CHEVALIER-MERLE, *L'application jurisprudentielle de la loi du 24 juillet* 1966, n°s 300 et s., p. 335 et s.

(61) V. *supra*, n°s 452 et s.

(62) En plus des traités et des articles préc. v. notamment la thèse de M. J.-J. CAUSSAIN, *Le directoire et le conseil de surveillance dans la nouvelle société anonyme*, Paris, 1968. Aj. celle de M. J. GARCIN, très « praticienne » : *La société anonyme avec directoire et conseil de surveillance*, Lyon, 1971; la thèse de 3e cycle de M. J. JOUSSEN, *Directoire et conseil de surveillance dans les sociétés anonymes*, Paris, 1969; le mémoire de M. D. BURGMEIER, *L'Aktiengesetz du 6 septembre* 1965 *en Allemagne et les nouvelles structures de direction dans les sociétés françaises*, Strasbourg, 1969.

Il est en effet possible de mieux saisir maintenant le courant de fond qui mène la société anonyme, à travers une recherche sur la formule dualiste.

Car, tout en s'insérant harmonieusement dans la loi du 24 juillet 1966, cette formule ne répond pas essentiellement aux préoccupations devenues classiques dans le droit des sociétés, c'est-à-dire la protection de l'épargne et la protection des tiers. Elle déplace l'accent sur le problème de la structuration, et la clé qu'elle propose peut ouvrir bien des portes, plus qu'on ne l'a imaginé en 1966. La distinction entre la gestion et le contrôle possède une dimension beaucoup plus intéressante que la distinction entre la direction et l'administration. Elle représente un principe directeur dont le dynamisme joue sur l'ensemble de la société anonyme.

C'est dire la position désormais seconde qu'occupe le régime personnel des dirigeants sociaux. Il ne fait qu'obéir, pour l'essentiel, aux conséquences de la nouvelle répartition des fonctions.

Pour bien saisir cette perspective, une étude dynamique est nécessaire. Au lieu de décrire successivement chaque organe, on tentera de dégager, tant à propos de la structure elle-même (Première Partie), que des hommes qui la font vivre (Deuxième Partie), l'aspect dialectique, qui, selon nous, commande au droit de la société anonyme à directoire. Un constant échange, une constante mesure conditionne l'équilibre du nouveau couple d'organes et, par-delà la neutralité des textes, celui de l'ensemble de la société. Cela ne signifie pas que la distinction entre la gestion et le contrôle soit un principe rigide dont on voudrait masquer les limites. C'est le contraire qui apparaîtra. Car de même qu'un organisme vivant, la société anonyme à directoire sécrète ses propres mécanismes correcteurs.

Première partie : *La structure;*

Deuxième partie : *Les hommes.*

PREMIERE PARTIE

LA STRUCTURE

10. — Le mot « structure » est à la fois commode et dangereux. Commode, parce qu'il confère à qui l'emploie l'apparence de la rigueur scientifique, attestée par un usage quasi général dans les disciplines modernes. Dangereux, parce que cette rigueur est en réalité très difficile à atteindre.

Il évoque naturellement un ensemble construit de façon homogène, le noyau stable et commun que l'on retrouve dans les différentes mises en œuvre.

Vue ainsi, cette notion ne pourrait suffire à caractériser la technique juridique organique de la société anonyme, car cette technique utilise des éléments souples, adaptables, multiformes.

L'aspect essentiel qu'il faut saisir réside dans les combinaisons, les équilibres, les correspondances, qui s'établissent entre les éléments de la structure. C'est pourquoi nous souscrivons pleinement à la définition donnée pour philosophique par le « Petit Robert » : « ensemble, système formé de phénomènes solidaires tel que chacun dépend des autres et ne peut être ce qu'il est que dans et par sa relation avec eux ».

De cette façon, la structure n'apparaît plus comme une notion statique, mais au contraire comme un équilibre en mouvement. Le droit codifié n'est pas un instantané de la société anonyme, il est principe du mouvement. Il met en place des organes faits pour fonctionner.

Il ne suffit donc pas de considérer chaque organe en lui-même (ce qui, à la limite, est purement impossible), parce qu'il est conçu en fonction de la vie de l'ensemble, lui-même bâti par tous les organes.

Structures, organes, fonctions... on observera sans doute qu'un tel vocabulaire nous range sous la bannière de la théorie institutionnelle. Or ce classement n'est pas définitif. Si la tendance législative rend nécessaire l'appel à de tels concepts, il n'est pas sûr pour autant que toutes les sociétés anonymes s'y retrouvent pleinement; le droit est en mutation, l'application du droit également.

La société anonyme que nous étudions ne contient que deux organes nouveaux, le directoire et le conseil de surveillance, construits suivant un système de relations différent de celui qui commande à la formule classique. On pourrait croire que l'originalité s'arrête là, et que l'unicité des autres textes relatifs à « la » société anonyme s'explique, tout simplement, par l'identité de tout ce qui ne touche pas à l'administration et à la direction. Bon nombre d'auteurs s'en sont tenus là.

Or, c'est toute la structure de la société anonyme qui est modifiée par l'apparition du clivage gestion-contrôle; par contrecoup, il faut redéfinir le rôle des autres organes et revoir la conception globale de la société anonyme.

Première sous-partie : *Les nouveaux organes;*

Deuxième sous-partie : *L'influence des nouveaux organes.*

PREMIERE SOUS-PARTIE

LES NOUVEAUX ORGANES

11. — Le directoire et le conseil de surveillance obéissent en principe à deux facteurs structurants que l'on retrouve dans la société considérée dans son ensemble.

Le premier de ces facteurs est la collégialité. Il apparaît sous des traits divers, *affectio societatis,* esprit délibératif, esprit d'équipe... Peut-être vaut-il mieux considérer que la collégialité des organes de gestion et de surveillance compense la forte atténuation de l'*affectio societatis* dans la société anonyme. Toujours est-il qu'à chaque niveau, le facteur collectif caractérise la société et constitue un élément très important d'équilibre entre les organes.

Le second facteur tient dans la définition des fonctions. Une société existe essentiellement pour son objet; de même, l'organe d'une société. Mais, ici, la particularité vient de ce que les deux organes ont des fonctions différentes, exclusives mais complémentaires.

Par là même, les deux facteurs s'influencent réciproquement : la collégialité de chacun dépend des fonctions qui lui sont attribuées et les fonctions sont attribuées suivant la nature délibérative de chaque organe; bien plus, on pourrait dire que les fonctions sont l'essence de la collégialité, son but même.

Il est incontestable que la plupart des fonctions sont collégiales. Cependant, la structuration des fonctions suppose l'unité collégiale et dépend plus d'une répartition entre organes que du mode collectif de décision. C'est pourquoi nous débuterons notre approche en étudiant la collégialité, avant d'analyser la répartition des fonctions.

Titre I : La collégialité;

Titre II : La répartition des fonctions.

TITRE PREMIER

LA COLLEGIALITE

12. — Forme élevée de l'action collective, la collégialité est autant un mode d'organisation qu'une vertu personnelle. Sa dimension juridique s'étend à de nombreux domaines, comme l'a montré la pratique séculaire des conseils d'administration.

Au plan individuel, la collégialité implique une certaine égalité de statut entre les membres du collège. Et l'on infère souvent la première de la seconde. Toutefois, la corrélation ne doit pas être exagérée, car un organe peut être collégial alors que ses membres y assument des rôles différenciés.

Au plan structurel, l'intensité de la collégialité caractérise utilement les organes, mais elle est délicate à définir abstraitement, car elle dépend de facteurs qui ne varient pas exactement comme elle : ainsi, le nombre des membres, leur stabilité, la formalisation du travail collectif, la complémentarité des tâches individuelles...

En présence d'une notion aussi complexe, il ne faut pas s'étonner du nombre et de la difficulté des problèmes qui surgissent. Les usagers de la société anonyme sont d'ailleurs tentés d'en faire partiellement l'économie en choisissant le système classique ou en nommant un directeur général unique, lorsque c'est possible. Car, même doués de l'état d'esprit qui convient, les dirigeants auront du mal à déterminer l'étendue des obligations nées de la collégialité. Celle-ci n'est ni définie, ni même explicitement mentionnée par la loi. Mais elle seule explique certaines règles, qui ne recouvrent pas la totalité de son domaine, tant s'en faut. Elle doit donc être mise en œuvre au niveau des statuts, car ils ont la part principale dans l'organisation de l'activité collégiale. La conception des statuts est d'autant plus délicate qu'il faut tenir compte des interférences entre la nature des fonctions et le jeu des règles de fonctionnement.

L'ensemble constituera un système de relations cohérent si l'on s'accorde au même taux d'homogénéité organique. Il convient d'y réfléchir soigneusement à l'avance, si l'on veut éviter de lourdes modifications statutaires ou le recours, parfois incertain, à l'expérience la plus proche, celle du conseil d'administration.

Il faut aussi, dès le départ, admettre que cette complexité technique empêche la structure collégiale d'être entièrement « fiable » : elle la soumet au bon vouloir des hommes, qui peuvent en user comme d'un masque ou y trouver la plénitude d'une œuvre réalisée en commun.

Prises entre ces deux virtualités, les règles juridiques s'appuient essentiellement sur des critères objectifs de collégialité. Au plan statique, dans la composition des organes; au plan dynamique, dans leur fonctionnement.

Chapitre premier : Collégialité dans la composition;

Chapitre deuxième : Collégialité dans le fonctionnement.

CHAPITRE PREMIER

COLLEGIALITE DANS LA COMPOSITION

13. — La loi n'instaure aucune limite numérique pour les gérants des sociétés de personnes (art. L. 12) ou des sociétés à responsabilité limitée (art. L. 49). Mais, depuis 1940 (1), elle dispose que le conseil d'administration de la société anonyme compte de trois à douze membres. L'un d'eux est président (art. L. 110), alors qu'un ou deux autres peuvent être nommés directeurs généraux (art. L. 115).

Le directoire et le conseil de surveillance obéissent eux aussi à des « fourchettes » légales, qui fixent un minimum et un maximum au nombre des membres. Et les statuts de la société doivent nécessairement contenir des stipulations relatives à la composition des organes (art. D. 55-6°).

Pour tous les organes, une règle s'impose : une seule personne ne peut occuper qu'un seul siège, que ce soit en son nom propre ou au nom d'une personne morale; ainsi peut être respecté le principe délibératif, sans lequel la collégialité serait tout à fait illusoire (2).

Pourquoi exiger un minimum de pluralité ? Il s'agit de mettre en œuvre la collégialité, dont la pluralité est l'élément statique nécessaire, mais insuffisant. La seule pluralité permet la représentation d'intérêts différents, et cela explique le côté traditionnel de cette règle en matière de société anonyme : il a toujours importé aux gros apporteurs de capitaux d'avoir une part active dans la gestion de la société.

Toutefois, l'évolution de la pratique française a tendu à distinguer deux domaines : celui de la réflexion, de la délibération, qui est nécessairement collectif; celui de l'action, qui doit être concentré sur le chef d'un seul individu. Le succès, indiscutable sur un quart de siècle, rencontré par la législation de 1940 et 1943, atteste cette propension, à laquelle tout pousse dans les doctrines classiques concernant l'entreprise : l'autorité ne se partage pas.

La technique du directoire marque un essai de renverser le sens de l'évolution en collégialisant la gestion. En complément, l'optique du conseil de surveillance demeure très proche des conceptions classiques de la collégialité délibérative.

Section 1 : Composition du directoire;

Section 2 : Composition du conseil de surveillance.

(1) V. art. 1er de la loi du 16 nov. 1940.

(2) B. Oppetit, Le représentant permanent d'une personne morale administrateur de société anonyme, *J.C.P.* 1969, I, 2227. Rép. Min. Just. à M. P. Bas, *Rev. Soc.* 1978, 367.

Section 1. — Composition du directoire.

14. — La composition du directoire est conçue selon un cadre légal à l'intérieur duquel les statuts et le conseil de surveillance disposent d'une certaine liberté, dont la mesure peut prêter à discussion.

§ 1 : Les prescriptions légales;

§ 2 : Rôle des statuts et du conseil de surveillance.

§ 1. — Les prescriptions légales.

15. — Pour le législateur de 1966, le directoire est, en principe, une équipe qui doit rester peu nombreuse. L'efficacité de la direction est subordonnée à l'étroitesse des liens entre les membres, à la réalité de la collégialité. Elle empêche aussi qu'on utilise le directoire pour attribuer des sièges honorifiques. Cela explique la sévérité des dispositions impératives.

I. — Minimum légal.

16. — D'après l'article L. 119, al. 1er, le directoire est composé de « cinq membres au plus ». Cela signifie-t-il qu'une seule personne peut constituer un directoire ? L'article L. 119, al. 2, admet cette exception au principe collégial lorsque le capital social est inférieur à 250 000 F. Mais autrement, le respect d'une pluralité minimum de deux personnes semble nécessaire. Certes, le texte aurait pu être plus net en indiquant une « fourchette » de deux à cinq membres. Les travaux préparatoires ont d'ailleurs écarté la première rédaction de l'amendement Capitant - Le Douarec : « Le comité de direction est composé de deux directeurs généraux au moins. » (3) Cependant, il faut bien convenir que le deuxième alinéa de l'article L. 119 serait inutile s'il n'était qu'une application de l'alinéa premier, qui le réserve précisément, en n'indiquant pas clairement le minimum.

A. — L'hypothèse non collégiale.

17. — Le directeur général unique peut remplir les fonctions du directoire lorsque le capital de la société est peu élevé (250 000 F) (4). La corrélation entre le montant du capital et l'activité du directoire n'est pas parfaite, mais peut-on trouver un critère plus proche qui reste aussi simple ? Peut-être aurait-on pu monter jusqu'à 500 000 F (sociétés faisant publiquement appel à l'épargne) pour que l'unité du système soit plus nette : on tolère certaines commodités dans les sociétés fermées.

(3) Art. 112-2 du projet n° 1003.
(4) V. Ph. Nocquet, Le critère de la dimension dans les sociétés commerciales, *Rev. Soc.* 1974, p. 661, n° 48.

Mais faut-il regretter, avec le rapport Sudreau (5), que la solution du directeur général unique ne soit pas ouverte quel que soit le capital de la société ?

Certes, la pratique française semble attachée à l'individualisme de l'autorité, et cela condamne au purgatoire la société anonyme de type nouveau, dont on refuse les avantages à tous ceux qui veulent éviter les inconvénients de la collégialité. De plus, dans le « modèle » allemand, le Vorstand est en principe collégial, mais les statuts peuvent stipuler qu'une seule personne exerce les fonctions attribuées à cet organe.

On peut ajouter que le directeur général unique ne pose pas de problème de cohérence avec l'ensemble des dispositions relatives au directoire, y compris celles qui assurent la collégialité de ce dernier (art. L. 122, L. 124, D. 99). Le législateur l'a bien compris, puisqu'il n'a pas pris soin de faire la moindre exception pour le directeur général unique. Celui-ci est mentionné à côté du directoire dans certaines dispositions seulement (exemples : art. L. 120-1, L. 126, L. 127); mais qu'importe, puisqu'il joue à la fois le rôle de directoire *in globo* et de président du directoire, tout en ayant le même statut qu'un membre du directoire.

Enfin, on peut faire valoir que la solution du « D.G.U. » ne consiste pas en un retour au président-directeur général, puisque la séparation des fonctions et des statuts demeure : le « D.G.U. » ne préside pas le conseil de surveillance, il n'a pas les mêmes pouvoirs, ni la même responsabilité ou la même stabilité. Il ne s'agit pas de promouvoir une quelconque séquelle du Fürherprinzip : la rigueur du contrôle du conseil de surveillance doit écarter les rapprochements sommaires de cette sorte, comme on l'a montré (6).

Malgré l'importance de ces arguments, la conviction n'est pas emportée. Consacrer le système de la gestion par une seule personne constituerait un recul sur le plan de la responsabilité. Dans les grandes sociétés, le directeur général unique, couvrirait seul une équipe de directeurs, dont il vaut beaucoup mieux qu'ils soient directement responsables (7).

De plus, cette solution favoriserait les petites sociétés anonymes, et inciterait les entreprises individuelles à davantage utiliser ce masque, alors que la société anonyme est conçue pour de grandes entreprises.

Enfin, les raisons qui ont conduit à promouvoir un conseil d'administration collégial ont quelque valeur ici : le responsable unique de la gestion aura en main beaucoup d'atouts pour faire triompher son intérêt personnel sur celui de la société, même s'il ne détient pas un gros paquet d'actions.

Au lieu d'accepter une telle régression, il vaut mieux chercher à améliorer le système collégial actuel, notamment en se prononçant plus nettement sur la place du président. De plus, il ne faut pas tout admettre au nom de la susceptibilité des dirigeants de société : le directoire qu'on leur propose peut ne compter que deux membres !

Seule la perspective d'un type unique de société anonyme, sorte de synthèse des deux formules actuelles, pourrait éventuellement justifier l'extension du domaine d'application du « D.G.U. ». Encore faudrait-il pour cela que la structure bi-organique soit retenue; il serait souhaitable en outre, de continuer à offrir la possibilité d'un directoire collégial.

(5) P. 109.

(6) J. Einmahl, La réforme du droit des sociétés par actions en Allemagne, *Rev. Trim. Dr. Com.* 1968, p. 563. Comp. J.-J. Caussain, Le directoire et le conseil de surveillance dans la nouvelle société anonyme, th. Paris 1968, dactyl. p. 90.

(7) Comp. D. Bastian, *J.C.P.* 1968, I, 2183, préc. n° 468.

B. — Sanctions du défaut de pluralité.

18. — Si la société anonyme possède un capital supérieur à 250 000 F et se contente d'un seul membre du directoire, que va-t-il se passer ? Malgré le caractère impératif de l'article L. 119, sa violation n'entraînera pas la nullité de la nomination de l'unique membre du directoire, mais l'application de l'article D. 97 : « en cas de vacance d'un siège au directoire, le conseil de surveillance est tenu de le pourvoir dans un délai de deux mois ». A défaut une nomination judiciaire peut être obtenue à la demande de tout intéressé.

Mais il reste à savoir si les actes accomplis par l'unique membre du directoire sont valables ou non. Si l'on interprète l'article L. 119, al. 2, *a contrario*, la tournure impérative du texte semble ressortir nettement : dans les sociétés anonymes dont le capital est supérieur à 250 000 F, les fonctions attribuées au directoire ne peuvent être dévolues à une seule personne. Mais à littéralisme, littéralisme et demi : les fonctions du directoire, certes, mais non celles de son président ou de ses directeurs généraux. Cela signifie (résultat conforme au souci de protection des tiers) que la représentation sociale jouerait alors correctement, et que l'irrégularité se limiterait au plan interne. Mais alors, plutôt qu'une nullité impraticable et dotée d'un fondement déficient, mieux vaut se rabattre sur la faute-violation de la loi, génératrice de responsabilité. Le respect de la disposition risque certes d'en être ébranlé, ce qui peut paraître choquant si l'on observe que l'unique membre du directoire n'a même pas le pouvoir de coopter d'autres membres (8). Mais l'article D. 97 organise un système très souple de nomination en cas de vacance (v. n° 351), qui diminue l'impact de cette critique.

De toute manière, cette situation devrait être, au départ, décelée par le greffier chargé de recevoir la déclaration de conformité, nécessaire lors des nominations et des cessations de fonctions. A-t-il le droit de refuser la déclaration ? Sa mission est différente de celle du notaire chargé de vérifier (9) la déclaration notariée de souscription et versement exigée par l'article L. 192. Il doit seulement constater la présence des pièces. Mais s'il accepte sciemment des déclarations irrégulières, sa responsabilité peut être engagée (art. 45, al. 1er, du décret n° 67-237 du 23 mars 1967).

II. — Maximum légal.

19. — Dans toutes les sociétés anonymes de type nouveau, quel que soit le capital (même inférieur à 250 000 F) (10), le nombre maximum de membres du directoire est cinq. Si ce nombre est dépassé, il n'y a pas d'autre solution que la nullité de la nomination en surnombre. Cette sanction entraîne elle-même, à défaut de texte contraire, la restitution des rémunérations et la nullité des délibérations du directoire. Mais cette nullité n'est opposable aux tiers que sous réserve de l'article L. 8. De plus, il serait judicieux de discerner, comme en matière de responsabilité, la part effective de chacun dans les décisions du

(8) Comp. avec le conseil d'administration et le conseil de surveillance, art. L. 94, al. 4 et L. 137, al. 4. V. Rép. Min. Just. à M. Lucas, *J.O.*, Déb. Ass. Nat., 15 juil. 1972, p. 3219; *Rev. Trim. Dr. Com.* 1972, 641, obs. R. Houin; *Rev. Soc.* 1972, 785. Aj. Cass. Com. 16 oct. 1974, *D.* 1975, I.R., 28 (nullité de la nomination du président d'un conseil d'administration réduit à 2 membres).

(9) Hémard, Terré et Mabilat, t. I, nos 709 et 208.

(10) J.-J. Caussain, *J.-Cl. Sociétés*, fasc. 133-C, n° 60; Hémard, Terré et Mabilat, t. I, n° 1084, p. 957.

directoire : on amenuiserait les conséquences d'une solution trop rigoureuse en ne sanctionnant que les actes pour lesquels le membre surnuméraire a eu une influence décisive. Une autre conception de la collégialité permettrait d'aller moins loin, et de ne condamner que les délibérations auxquelles le membre irrégulier a participé.

La nature du directoire et l'absence presque nécessaire de formalisme de ses délibérations (art. L. 124, dernier alinéa) rendent cette recherche difficile. La crainte de la nullité doit donc conduite les cinq membres réguliers à refuser de travailler avec d'autres personnes, et les membres du conseil à respecter la limite légale. Ils seront d'ailleurs poussés à le faire par l'avis du greffier, qui peut encore déceler un dépassement numérique.

III. — Cas particuliers.

A. — Postes particuliers a l'intérieur du directoire.

20. — Parmi les membres du directoire figurent nécessairement un président (art. L. 120, al. 1er) et parfois des directeurs généraux (art. L. 126, al. 2), lorsque les statuts habilitent le conseil de surveillance à en nommer. Le nombre de ces directeurs généraux n'est pas spécifiquement limité par la loi : ils peuvent être aussi nombreux que les membres du directoire (qui seraient alors tous directeurs généraux) (11) : leur « fourchette » se situe donc entre un et quatre, quel que soit le capital social.

Il n'est pas prévu de vice-président du directoire. Rien n'interdit aux statuts ou au conseil de surveillance de décerner ce titre. Mais si l'on veut donner à cette fonction le sens d'une suppléance du président, il faudra que le vice-président puisse être nommé directeur général. Sinon, son titre reste purement honorifique. Observons seulement que l'on pourrait stipuler en sa faveur quelques pouvoirs dans l'ordre interne, notamment si l'on formalise le travail du directoire.

B. — Le cas de fusion.

21. — On a remarqué (12) que le législateur n'avait pas prévu pour le directoire de dispositions spéciales en cas de fusion. Ce n'est pas un oubli puisque les articles L. 129 et L. 152 concernent respectivement les fusions entre deux sociétés à directoire et les fusions entre une société anonyme classique et une autre de type nouveau. Seul le conseil de surveillance peut voir doubler le nombre maximum de ses membres. Cela ne se comprendrait pas dans le directoire actuel, dont le degré de collégialité est très élevé. Il s'agit aussi d'éviter une dilution excessive du pouvoir de direction. En outre, la stabilité particulière des membres du directoire peut rendre plus coûteux le départ de membres dont l'inutilité n'est pas si facile à prouver. D'ailleurs, il n'a jamais été question de dédoubler la direction de la société anonyme de type classique ! Observons enfin que les membres du directoire peuvent être protégés en tant que salariés, s'ils ont passé un contrat de travail avec la société, contre les changements survenus dans la direction juridique de l'entreprise qui les emploie (art. L. 122-12, al. 2, C. Trav.).

(11) Dans ce sens, v. Rép. Min. Just. à M. Crépeau, *J.O.*, Déb. Ass. Nat., 8 mai 1975, p. 2498; *Bul. Inf. Soc.* 1975, p. 259.

(12) M. Fahim, Le directoire dans les sociétés anonymes, *Rev. Soc.* 1969, p. 57, n° 1; Hémard, Terré et Mabilat, t. I, nos 915 et 1084.

§ 2. — Rôle des statuts et du conseil de surveillance.

22. — Selon l'article D. 96, « Le nombre des membres du directoire est fixé par les statuts, ou, à défaut, par le conseil de surveillance ».

Cette fixation ne pose aucun problème si les statuts stipulent un nombre déterminé (5, 4, 3, 2, et même 1 si le capital est inférieur à 250 000 F), ou bien s'ils obligent le conseil de surveillance à décider de la sorte.

Si le nombre des membres du directoire descend au-dessous de la limite ainsi fixée, l'article D. 97 s'applique. Si la limite maximum est dépassée sans dépasser le maximum légal, les sanctions ne sont pas celles d'un dépassement maximum légal : dans l'ordre interne, il n'y a qu'une faute du conseil.

Les difficultés sont plus nettes lorsque les statuts n'arrêtent qu'une « fourchette » (2 à 5 ou en deçà : 2 à 4, 3 à 5, 2 ou 3, etc.). Ce n'est apparemment pas une « fixation ». Pourtant, l'on a admis cette possibilité (13), mais à la condition que le conseil de surveillance ainsi saisi détermine un chiffre précis pour les quatre ans que durent les fonctions du directoire.

Cette exigence émane évidemment d'une interprétation stricte de l'article L. 122, c'est-à-dire d'un désir sans failles de défendre l'homogénéité du directoire, équipe conçue pour durer quatre ans, contre les pressions du conseil.

Ainsi interdirait-on au conseil d'ajouter quand bon lui semble un ou plusieurs membres au directoire qui n'atteint pas le maximum statutaire. Et l'on interdirait aussi aux statuts de conférer explicitement au conseil un tel pouvoir (par exemple en lui permettant d'agir à sa guise dans le cadre de la « fourchette légale »).

Mais cette solution a des conséquences peu pratiques. Si une fourchette de deux à cinq membres est prévue dans les statuts (cette fidélité à l'art. L. 119 n'est pas rare), et si le conseil n'a nommé, par exemple, que deux membres, comment faire s'il apparaît nécessaire de nommer de nouveaux membres ? Faut-il convoquer l'assemblée générale extraordinaire pour modifier les statuts (14) ? Pourra-t-elle autoriser le conseil à nommer un nouveau membre à l'intérieur de la fourchette ? Ou faudra-t-il attendre l'expiration du délai de quatre ans ?

C'est là qu'aboutit le raisonnement de M. Henri Lecompte, qui estime toutefois qu'une telle nomination serait possible « avec l'accord de l'ensemble des membres du directoire ». Cette position de repli, cohérente avec le désir de défendre l'homogénéité du directoire, se heurte à l'interdiction de la cooptation entre les membres du directoire. Or, c'est justement le conseil de surveillance qui est chargé, dans le cas où la cooptation est permise à d'autres organes (15), de pourvoir au remplacement du siège vacant au directoire (art. D. 97).

Pourquoi refuser ici aux statuts de moduler la répartition des pouvoirs entre le directoire et le conseil, pourquoi s'arrêter à une conception rigide de la société de type nouveau en s'abritant derrière l'interprétation de textes estimés impératifs ? Il y a bien d'autres manières pour les statuts d'augmenter l'intensité du

(13) H. LECOMPTE, La société anonyme avec directoire, *Rev. Trim. Dr. Com.* 1968, p. 247; *J. Soc.* 1968, p. 89. Etude de divers problèmes concernant le fonctionnement des sociétés anonymes à directoire, *J. Soc.* 1973, p. 266; *Mél. Bastian*, t. I, p. 146; M. FAHIM, art. préc., n° 15, p. 62; HÉMARD, TERRÉ et MABILAT, t. I, n° 1084, p. 945; J. GARCIN, th. préc., p. 20.

(14) L.A.N.S.A., publication n° 170, juin 1968, art. 10, p. 9 (formule de statuts de société anonyme gérée par un directoire) estime que cette solution n'est pas souhaitable.

(15) Cf. art. L. 137, al. 1er, et L. 94, al. 1er; v. R. CONTIN et M. DESLANDES, Interrogations sur la société à directoire, *D.* 1977, Chron., 295.

contrôle (notamment l'art. L. 128, al. 2). L'article D. 96 indique d'ailleurs l'importance du problème, qui est relative : la fixation n'est pas faite par la loi, mais par les statuts, et, à défaut, par le conseil. N'est-ce pas le signe de la liberté statutaire ?

Dans cette optique, les statuts devraient avoir la possibilité de laisser toute initiative au conseil dans les limites légales (art. L. 119 et L. 122) (16). Mais ils peuvent aussi astreindre le conseil à se tenir au nombre qu'il a fixé lui-même. On aboutit d'ailleurs à ce même résultat dans le silence des statuts, car le conseil n'a pas de pouvoirs particuliers lui venant de la convention sociale, et il doit respecter l'homogénéité de principe du directoire, sans quoi les nominations « secondes » sont nulles : la séparation des pouvoirs est à ce point rigoureuse quand les statuts n'y dérogent pas.

Les mêmes principes s'imposent à notre sens lorsqu'il s'agit pour le conseil de nommer des directeurs généraux : tout dépend du contenu de l'option ouverte par les statuts. Et l'on peut même estimer que la permission de nommer des directeurs généraux entraîne, au moins dans un cas, celle d'augmenter le nombre des membres du directoire : il suffit pour cela que les fonctions du directoire soient exercées par un directeur général unique.

C'est également aux statuts que revient le droit de permettre au conseil de surveillance de ne pas remplacer un membre du directoire lorsque son départ n'a pas pour effet de faire descendre le nombre des membres au-dessous du minimum statutaire ou légal. Par exemple, les statuts ont fixé une fourchette de deux à quatre et le conseil a nommé trois membres : si, avant quatre ans, l'un d'eux démissionne, le remplacement ne sera obligatoire (en vertu de l'art. D. 97) que si les statuts n'ont pas accordé au conseil l'initiative dans la composition du directoire. Sinon, le conseil déterminerait s'il y a vacance ou non.

Dans toutes les autres hypothèses (17), faut-il le rappeler, il y aura vacance et remplacement obligatoire dès lors que le minimum statutaire ou légal n'est plus respecté.

Section 2. — Composition du conseil de surveillance.

23. — L'article L. 129 établit des limites à l'intérieur desquelles les statuts peuvent fixer un chiffre, adopter une fourchette plus étroite et laisser, par leur silence ou explicitement, toute liberté à l'assemblée générale qui nomme les membres du conseil de surveillance. Mais aux limites légales les articles L. 129 et 152 apportent des dérogations. La violation de toutes ces règles peut inciter le greffier à refuser son concours.

§ 1. — Le principe : trois à douze membres (art. L. 129).

24. — Les limites numériques du conseil de surveillance sont les mêmes que celles du conseil d'administration (art. L. 89); mais les dispositions prises

(16) C'est-à-dire que les membres nommés au cours de la durée de quatre ans ne resteront en fonctions que jusqu'à l'expiration de ce délai, pour permettre un renouvellement collégial.

(17) Nombre fixé dans les statuts, nombre à fixer par le conseil pour quatre ans, silence des statuts.

pour les faire respecter s'adaptent à la configuration particulière de la société à directoire.

I. — Minimum.

25. — Si le conseil de surveillance vient à compter moins de trois membres, c'est le directoire qui « doit convoquer immédiatement l'assemblée générale ordinaire en vue de compléter l'effectif du conseil » (art. L. 137, al. 2). Ces dispositions n'ont à s'appliquer qu'en dehors du cas de révocation, puisque l'assemblée est déjà réunie, précisément pour révoquer. Tous les actes du conseil sont entachés de nullité jusqu'à ce que le minimum légal soit atteint (l'alinéa 4 de l'article 137 ne renvoie pas à l'alinéa 2).

Si l'on se trouve sous le minimum statutaire tout en respectant le minimum légal, une cooptation est obligatoire « dans les trois mois à compter du jour où se produit la vacance ».

A défaut, tout intéressé peut demander au président du tribunal de commerce statuant sur requête (art. D. 105) la nomination d'un mandataire chargé de convoquer l'assemblée à l'effet de procéder aux nominations nécessaires. Et la responsabilité du conseil pourrait être engagée.

Si une vacance se produit qui ne fait pas descendre en dessous des minima légal et statutaire, la cooptation est possible, mais non obligatoire (18) (art. L. 137, al. 1er).

Ces cooptations — obligatoires ou facultatives — doivent être ratifiées par la prochaine assemblée générale ordinaire. Faute de quoi l'on peut penser qu'elles sont annulables. Mais la loi affirme la validité des actes du conseil dont fait partie un membre dont la cooptation n'a pas été ratifiée (art. L. 137, al. 4).

Le minimum de trois risque d'être remis en cause par la loi elle-même dans la mesure où la cosurveillance permettra à deux, trois, voire quatre salariés (19) de siéger avec voix délibérative. Il est probable qu'alors, un étagement lié au capital ou au nombre de salariés sera fixé impérativement par la loi. Il pourrait avoir aussi pour effet de déplacer le maximum.

II. — Maximum.

26. — Le dépassement du maximum légal entraîne la nullité de la nomination en surnombre. Il devrait aussi entacher de nullité les délibérations du conseil, étant réservé le jeu de l'article L. 8. Mais cette solution est sévère, même s'il est malsain de surcharger les conseils avec des sièges de complaisance.

Les sanctions sont moindres en cas de dépassement du maximum statutaire : il ne peut y avoir là un cas de nullité (art. L. 360) et c'est seulement le jeu — théorique — de la responsabilité qui peut dissuader l'assemblée d'agir trop librement.

(18) Comp. art. 97, moins précis, pour le directoire.
(19) Pour le nombre des actuels délégués salariés, v. l'art. L. 432-4 du Code du Travail; pour le nombre des éventuels cosurveillants, v. n° 198.

III. — Postes particuliers.

27. — Le conseil de surveillance compte nécessairement parmi ses membres un président et un vice-président (art. L. 138), quel que soit le capital de la société et le nombre des membres du conseil. La tournure apparemment impérative du texte devrait entraîner la nullité des délibérations du conseil en l'absence de telles nominations. Mais cette sanction semble démesurée, surtout en ce qui concerne le vice-président.

§ 2. — **Dérogation : le cas de fusion** (art. L. 129 et L. 152).

28. — On peut distinguer suivant que la fusion a lieu avec une autre société anonyme à directoire, ou avec une société anonyme de type classique; suivant qu'il y a eu absorption, fusion-scission ou création d'une société nouvelle (la scission pure et simple n'ouvre pas la possibilité d'application de l'article L. 129), suivant que le résultat est une société à directoire ou une société à conseil d'administration.

Mais tant qu'on aboutit à une société anonyme, toutes ces hypothèses sont réglées de la même façon (art. L. 128 et L. 89) ou ensemble (art. L. 152) par le législateur, qui identifie le conseil de surveillance au conseil d'administration pour ce problème (I). Or, cette identification est critiquable (II).

I. — Identification du conseil de surveillance au conseil d'administration lors des fusions.

29. — Il existe une nouvelle fourchette légale, qui va de trois à vingt-quatre. Les statuts pourraient l'écarter, c'est-à-dire en rester de trois à douze, car, de toute façon, l'assemblée générale n'est pas tenue de nommer tous les anciens membres du conseil de surveillance ou les anciens administrateurs (20). Solution défavorable peut-être aux membres menacés, mais solution conforme au désir du législateur et de certains usagers de ne pas alourdir inutilement les conseils.

Les statuts peuvent aussi prévoir un maximum entre vingt-quatre et douze. Mais le maximum statutaire stipulé en dehors des cas de fusion ne peut avoir pour effet d'empêcher l'application des articles L. 129 ou L. 89.

De toute façon, les assemblées générales extraordinaires des sociétés fusionnées, réunies pour décider la fusion, pourront trancher un éventuel problème (v. l'art. L. 376).

Seuls les membres (ou administrateurs) en fonctions six mois avant la fusion peuvent être comptés pour dépasser le nombre de douze. Le point d'arrivée du délai de six mois (bien court; les statuts pourraient l'augmenter, mais non le restreindre) est plutôt le moment où la fusion devient définitive (21) que le moment (qu'on peut toujours reculer) de la nomination des nouveaux administrateurs ou membres du conseil de surveillance (22).

(20) V. P.-G. Gourlay, Le conseil d'administration de la société anonyme, organisation et fonctionnement, th. Paris, B.D.C., n° 24, 1971.
(21) Même référence, p. 88, n° 143.
(22) Baudeu et Bellargent, *J.-Cl. Sociétés*, fasc. 164-E, n° 94.

Le dépassement du maximum normal ne doit bénéficier qu'aux membres ou administrateurs en fonction dans les sociétés fusionnées (23). Il s'agit de leur permettre de conserver leur poste, et non d'instaurer un simple procédé de calcul comme le laisse croire l'interprétation littérale (24).

Dépasser le nombre de vingt-quatre en cas de fusion revient à dépasser le nombre de douze en temps normal. Et si, entre vingt-quatre et douze, le nombre dépasse celui des membres ou administrateurs en fonctions six mois plus tôt, les nominations en surnombre sont entachées de nullité. A l'assemblée de choisir quelles personnes en pâtiront, en appliquant différents critères (âge, ancienneté, nombre d'actions, etc.). Le régime des rémunérations et des délibérations est le même qu'en cas de dépassement du maximum de douze, en dehors de toute fusion.

Durant le dépassement permis du maximum de douze, « aucune nomination de nouveaux membres (ou administrateurs, si le produit de la fusion le veut), ni remplacement de ceux qui seraient décédés, révoqués ou démissionnaires ne sera permise tant que le nombre des membres n'aura pas été réduit à douze » (art. L. 129, al. 2, et L. 89, al. 2). Cela signifie que les réélections sont quand même possibles, mais pas la cooptation facultative (et à fortiori, la cooptation obligatoire). Mais la loi réserve le cas de nouvelle fusion, qui permet de remonter jusqu'à vingt-quatre.

II. — Critique de l'identification du conseil de surveillance au conseil d'administration lors des fusions.

30. — Une première réserve émane du législateur lui-même : l'article L. 89, al. 3, déroge à l'interdiction de remplacer les administrateurs lorsqu'ils sont entre douze et vingt-quatre. Si le président du conseil d'administration est décédé ou a démissionné, le conseil n'est pas tenu de le remplacer par l'un des administrateurs, il peut faire appel à une personne extérieure, pour la coopter.

Le président (et le vice-président) du conseil de surveillance ne sont pas l'occasion d'une telle exception, en raison, probablement, de la moindre importance de leurs fonctions.

D'autres différences, plus importantes, rendent illogique la transposition de l'article L. 152.

Si une société à directoire absorbe une société de type classique, on pourra intégrer le conseil d'administration en entier, avec son président, dans le conseil de surveillance. Si c'est la société de type classique qui absorbe la société à directoire, le directoire se trouvera éliminé (sauf respect de la limitation à douze administrateurs). A moins d'accepter — mais est-ce logique ? — que la règle de l'article L. 152 n'instaure qu'un simple mode de calcul ou n'est pas destinée à protéger uniquement les membres du conseil de surveillance.

Un moyen d'échapper à cet illogisme consisterait à permettre une redistribution des postes avec un maximum de cinq plus vingt-quatre au conseil d'administration.

31. — En cas de fusion avec une société ou groupement d'un autre type (S.A.R.L., commandites, société en nom collectif, groupements d'intérêt éco-

(23) Cf. P.-G. Gourlay, th. préc., qui s'appuie sur les travaux parlementaires de la loi du 22 nov. 1954, qui introduisit la mesure dans notre droit.
(24) D. Bastian, *J.-Cl. Sociétés*, fasc. 164-2.

nomique, etc.) aboutissant à une société anonyme à directoire, les maxima de cinq au directoire et douze au conseil de surveillance demeurent valables. Cette asymétrie avec les fusions entre sociétés anonymes est parfaitement justifiée, car il ne s'agit que d'un régime exceptionnel qu'il convient de ne pas tourner trop facilement.

Conclusion du chapitre.

32. — La diversité des solutions permises dans le cadre du dispositif légal actuel n'est peut-être pas suffisante eu égard à la variété des besoins couverts par la société anonyme.

Une part belle est faite aux petites sociétés anonymes, qui peuvent se contenter d'un directeur général unique et de trois membres du conseil de surveillance.

Mais si l'on veut utiliser à plein les possibilités offertes, il y aura en tout dix-sept postes à pourvoir. Apparemment, la marge de manœuvre entre quatre (ou cinq) personnes et dix-sept, est suffisamment appréciable (25). Mais en réalité, les grandes sociétés, et notamment les sociétés mères, devraient pouvoir compter un plus grand nombre de membres du conseil de surveillance, et même un plus grand nombre de gestionnaires directement responsables.

La loi allemande organise une gradation suivant l'importance du capital. Mais, dira-t-on, c'est dans la logique d'une composition autoritaire de l'Aufsichtsrat, où les salariés occupent la moitié ou le tiers des sièges.

Même si nous n'en sommes pas là, il vaudrait mieux se tourner plus favorablement vers les grandes sociétés que vers les petites, pour ce qui est de la structure nouvelle. Cependant, il faut reconnaître que le nombre n'est pas toujours en lui-même une garantie de diversité.

Doit-on regretter que les membres du directoire puissent être plus nombreux que ceux du conseil de surveillance (26) ? Cette situation peut être adaptée à certaines nécessités. Parfois, trois ou quatre personnes suffiront au contrôle, alors que l'on voudra impliquer le maximum de gestionnaires (4 ou 5). Cela peut être intéressant sur le plan des rémunérations individuelles.

Le conseil pourrait certes profiter du silence des statuts pour nommer le plus grand nombre possible de membres du directoire, que l'assemblée ne pourrait révoquer de sa seule initiative. Mais le conseil est lui-même révocable *ad nutum*.

De toute manière, il est rare que l'on recherche à éviter « l'encombrement » des conseils. On essaie plutôt de s'entourer du plus grand nombre d'avis et d'appuis, et l'expérience montre que tel est bien l'intérêt des sociétés, dans un monde commercial où les liens de solidarité sont nombreux et nécessaires.

La fixation du nombre des membres du directoire pose en réalité beaucoup plus de problèmes. Bien évidemment d'abord à cause de l'importance de leurs tâches. Mais aussi parce que tout le fonctionnement de l'organe en dépend.

Un directoire comptant deux membres ne peut fonctionner comme un directoire composé de cinq personnes. Les rédacteurs des statuts y trouvent l'une des grandes difficultés des sociétés à directoire. Il leur faudra mettre au point des formules suffisamment souples pour que les règles de composition et de fonctionnement se conviennent en toute hypothèse. Mais l'imprécision n'est

(25) *Rev. Fiduc.*, mars 1973.
(26) HÉMARD, TERRÉ et MABILLAT, *Commentaire du décret du 23 mars 1967, p. 87.*

pas sans danger (questions de preuves, influence respective du directoire et du conseil de surveillance).

33. — Par rapport à la formule classique de société anonyme, les solutions numériques de la société à directoire présentent plusieurs avantages. D'abord, le nombre maximum des postes est plus élevé, la différence étant constituée par le directoire. Tenant compte des directeurs généraux non administrateurs, il reste un « avantage » de trois postes à la société à directoire.

De plus, le nombre minimum des personnes consacrées à la gestion est moins élevé : une ou deux au directoire contre trois au conseil d'administration.

Enfin, la société à directoire offre la possibilité de transformer sans heurts une société de type classique dont le conseil d'administration manque de dynamisme (27); les susceptibilités seront ménagées si chacun retrouve une place au conseil de surveillance (qui a cependant besoin d'un certain dynamisme !).

34. — Cela dit, les limites légales doivent être considérées de façon critique. Car la société peut être tentée de confier tout ou partie du rôle effectif des organes de direction ou de contrôle à des personnes qui n'appartiennent pas à ces organes. C'est ainsi que l'on voit prospérer les censeurs (28), dont la compétence et les activités siéraient parfaitement à un membre du conseil de surveillance (29). Et les fondés de pouvoirs du directoire peuvent être multipliés à l'envi.

Le droit positif ne laisse pas complètement désarmés ceux qu'une telle situation pourrait léser. La compétence des organes est d'ordre public, sa violation est sanctionnée par la nullité, sous réserve de l'article L. 124, et par la mise en jeu de la responsabilité des dirigeants de fait. De plus, les rémunérations indues devraient pouvoir faire l'objet d'une répétition.

Pourtant, il suffit d'entrevoir, comme le fait une réponse ministérielle (30), que les fonctions des censeurs ne coïncident pas exactement avec celles du conseil de surveillance pour que la présence de ceux-ci soit justifiée, alors qu'ils échappent aux règles limitatives applicables aux dirigeants de société.

Il serait donc plus sain d'intégrer le ou les censeurs dans le conseil de surveillance lorsqu'il existe, quitte à affirmer leur place particulière au sein de cet organe. Une solution semblable ne serait pas illogique pour le conseil d'administration.

(27) V. *Rev. Fiduc., préc.*

(28) V. M. Vasseur, Une création de la pratique : les censeurs des sociétés anonymes, D. 1974, Chron., 67. Ces « censeurs » ne sont pas ceux des banques nationalisées (cf. E. Du Pontavice, *Mél. Bastian*, t. I, p. 177).

(29) Rép. Min. Jus. à M. Vauclair, *J.O.*, Déb. Ass. Nat., 25 juin 1975, p. 4704; *Bul. Inf. Soc.* 1975, 329; *Rev. Trim. Dr. Com.* 1975, obs. R. Houin, p. 554.

(30) *Ibid.*, comp., pour l'application aux censeurs du contrôle des conventions conclues avec la société, Aix 5 fév. 1975, *D.* 1978, I.R., 251, obs. J.-C. Bousquet.

CHAPITRE DEUXIEME

COLLEGIALITE DANS LE FONCTIONNEMENT

35. — Si elle impose presque toujours la pluralité des membres, la loi semble laisser une grande liberté aux statuts pour organiser le fonctionnement des organes : liberté totale au directoire (art. L. 124, dernier alinéa), liberté à peine limitée au conseil de surveillance (art. D. 107, al. 1er). Mais cela ne signifie pas que n'importe quelle disposition puisse être prise.

En effet, cette liberté doit s'exercer dans un sens conforme à la collégialité respective des organes et s'accommoder des autres règles applicables à la société à directoire. Et ces éléments ne suffisent pas encore à vérifier la validité des règles posées par les statuts : il faut aussi que l'économie des statuts soit en elle-même cohérente. Exemple parmi tant d'autres : des statuts limitant à deux le nombre des membres du directoire ne pourront pas adopter indifféremment des règles de prise de décision.

36. — Quoi qu'il en soit, il n'est pas question que les rédacteurs des statuts déterminent à l'avance la totalité des solutions aux problèmes de fonctionnement des organes. Aussi deux questions se posent-elles quand à la source de ces solutions.

D'une part, les statuts peuvent-ils déléguer leur pouvoir à l'organe lui-même (directoire ou conseil de surveillance, pour ce qui les concerne respectivement) ? Cette possibilité, qui semble aller à l'encontre de la lettre des textes, est peut-être conforme à leur esprit libéral. Cela permettrait de rejoindre une solution donnée comme classique pour le conseil d'administration (1). En revanche, serait-il conforme à la séparation des pouvoirs de confier au conseil de surveillance le soin de définir, voire de modifier, un règlement intérieur applicable au directoire ? Le danger est évident d'attenter à l'autonomie de ce dernier par le biais de l'organisation. Bien que cette manière soit pratiquée, nous ne pensons pas qu'elle soit correcte : le conseil ne peut intervenir dans l'organisation du directoire que sur certains points particuliers, mentionnés par les textes. Mais il reste possible que le règlement adopté par le directoire pour son propre usage fasse l'objet d'une autorisation de l'article L. 128, al., 2, c'est-à-dire, si les statuts la stipulent.

D'autre part, en cas de silence des statuts, le règlement intérieur élaboré par l'organe concerné paraît admissible, car ce sont, de toute manière, des méthodes inventées par les intéressés qui seront appliquées. Si un problème se pose, il conviendra d'en référer aux principes généraux qui gouvernent la structuration des organes et de la société, et aussi d'appliquer certaines solutions dégagées à propos du conseil d'administration. Mais cette réception, assez naturelle au conseil de surveillance, ne saurait être automatique au directoire en raison de sa spécificité (collégialité plus intense, spécialisation dans la gestion, petit nombre de membres, etc.).

(1) Escarra et Rault, t. IV, n° 1452, p. 137; Hémard, Terré et Mabilat, t. I, n° 918, p. 781.

37. — L'organisation efficace du travail collégial suppose des délibérations, par nature périodiques. Mais on peut conseiller aussi aux actionnaires, comme un moyen d'éviter les blocages dans le système de relations qu'est la société anonyme, de songer au fonctionnement permanent des organes.

En effet, le rôle de ces derniers est défini dans la continuité : le directoire gère même lorsque ses membres ne sont pas réunis, le conseil doit surveiller en dehors des séances... Il est donc intéressant de concrétiser cette permanence : le droit positif l'envisage et, dans une certaine mesure, l'encourage.

Section 1 : Fonctionnement périodique;

Section 2 : Fonctionnement permanent.

Section 1. — **Fonctionnement périodique.**

38. — Les réunions périodiques du directoire et du conseil de surveillance sont parfois la seule trace sensible de leur activité. Elles représentent, de toute manière, le centre d'où rayonnent leurs initiatives.

La périodicité, plus ou moins élevée, dépend évidemment de la nature de chaque organe. La direction de la société implique des réunions très fréquentes, « aussi souvent que l'exige l'intérêt de la société ». Cette formule, conseillée pour les statuts (2), a l'avantage de ne pas déterminer de limites numériques, souvent génantes, qui peuvent rester inapliquées (3).

En revanche, la périodicité des réunions du conseil gagne à être chiffrée dans les statuts. Elle ne peut être, en tout cas, inférieure à trois mois, comme celle du directoire, en raison de l'article L. 128, al. 4 : « une fois par trimestre au moins, le directoire présente un rapport au conseil de surveillance ». Mais alors que ces trois mois conviennent, somme toute, à un conseil normalement actif (4), ils représentent un espacement abusif des réunions du directoire, qui n'est plus en mesure d'agir collégialement dans la gestion courante.

Il reste que certains statuts prévoient, en plus d'une périodicité précise, que des réunions du conseil seront tenues, par exemple à l'initiative du directoire, dès qu'un problème important se pose à la société.

Qui dit réunion ne dit pas nécessairement délibérations. La pratique du conseil d'administration a imposé cette association, comme on l'a montré (5). Mais elle n'est pas inévitable. S'il y a plusieurs gérants dans une S.A.R.L., ils ne sont pas obligés de délibérer pour prendre des décisions qui engagent la société (6).

Les nouveaux organes de la société anonyme obéissent, pour les mêmes raisons que le conseil d'administration, à la nécessité d'une délibération. Le conseil de surveillance, tout normalement, puisque les textes qui le régissent

(2) V. les formules de l'A.N.S.A., juin 1968, n° 170, art. 11, p. 11.
(3) Comp. les déclarations de M. E. Dailly, pour qui le directoire doit se réunir « tous les jours ou tous les deux jours », *J.O.*, Déb. Sénat, 22 avril 1966, p. 255.
(4) Comp. art. D. 83, al. 2, pour le conseil d'administration.
(5) P.-G. Gourlay, Le conseil d'administration de la société anonyme, B.D.C. n° 24, p. 7, n° 8, et p. 153, n° 258.
(6) V. B. Allibert, La pluralité de gérants dans les sociétés à responsabilité limitée, *Rev. Soc.* 1975, p. 605.

sont pratiquement identiques à ceux du conseil d'administration. Le directoire, *a fortiori*, en raison de l'étroite solidarité qui relie ses membres.

§ 1 : Les réunions;

§ 2 : Les délibérations.

§ 1. — Les réunions.

39. — La simple pluralité des membres impose aux organes de suivre des procédures assez précises pour rendre efficaces les séances. *A fortiori* la collégialité. Comment et qui réunit-on dans ces séances ?

I. — Préparation des réunions.

A. — Au directoire.

40. — Au directoire, la préparation des réunions tend à se confondre avec le travail quotidien de gestion. On peut alors se demander s'il est nécessaire de formaliser la convocation et l'ordre du jour, comme au conseil d'administration.

Dans l'affirmative, il n'est pas certain que les statuts aient une totale liberté, comme on pourrait le croire à la lecture de l'article L. 124, dernier alinéa. Ainsi, il nous semble impossible qu'ils réservent le droit de convoquer à certains membres du directoire seulement (le président, notamment). Les responsabilités encourues sont trop fortes, et trop amples les tâches assumées pour qu'un blocage soit possible à ce niveau. D'autant que les membres du directoire peuvent individuellement saisr le conseil ! (art. D. 107, al. 2 et 3).

En revanche, il serait utile que le conseil de surveillance puisse intervenir pour que soit réuni le directoire, dans le cas où les membres de ce dernier auraient cessé de travailler collégialement. Les statuts mettront cela en œuvre de diverses façons (exemple : convocation directe par le conseil, ou obligation pour tout membre du directoire de convoquer ce dernier losque le conseil *in globo* le demande).

Formaliser la convocation a pour avantage de ménager des preuves pour chacune des parties en présence. Cela permet notamment d'établir le défaut de convocation d'un ou plusieurs membres, qui entache de nullité les délibérations correspondantes. Cette solution, dégagée pour le conseil d'administration (7), devrait s'appliquer *a fortiori* au directoire, car elle découle du principe de collégialité (8). Elle s'appliquera en tout cas au conseil de surveillance, puisque sa convocation est organisée par la loi.

Mais la nature du directoire fait aussi ressortir les inconvénients d'une prévision trop étroite. Ses membres, en principe, se voient souvent et facilement. Faudra-t-il quand même une lettre recommandée, un délai de convocation, un ordre du jour, des résolutions ? La souplesse d'utilisation du directoire, dût-elle

(7) Cass. Com. 31 janv. 1968, *J.C.P.* 1968, II, 15609, n. N. Bernard.
(8) Note N. Bernard, préc.

rendre certaines preuves délicates, commande plutôt que les statuts et même le règlement intérieur laissent libre cours à l'initiative de chacun des membres. Mais ces derniers doivent demeurer dans des limites raisonnables. Ainsi, en l'absence de stipulation sur le lieu des réunions, il serait irrégulier de convoquer le directoire en un lieu inaccessible pour certains membres, sans leur consentement.

Observons enfin qu'il reste une hypothèse où la convocation est nécessairement faite, trois jours avant la réunion du directoire, par une lettre recommandée avec avis de réception. Mais cette convocation s'adresse aux commissaires aux comptes (art. D. 192, al. 3 et 4). Elle est obligatoire pour la séance qui arrête les comptes de l'exercice écoulé (art. L. 231). Les mêmes formes sont souhaitées lorsque la convocation est facultative (9).

B. — Au conseil de surveillance.

41. — Les statuts bénéficient aussi d'une liberté de principe quant aux règles de convocation du conseil (art. D. 107). Mais cette liberté est assortie de quelques limitations.

En effet, le droit de convoquer est réservé au président et au vice-président (art. L. 138) : l'un et l'autre et non l'un ou l'autre, car le rôle du vice-président n'est nulle part défini comme supplétif, et l'on doit se pencher sur chaque problème pour savoir si sa compétence est subsidiaire ou non.

Convoquer devient parfois un devoir pour le président : lorsqu'un membre au moins du directoire ou le tiers au moins des membres du conseil de surveillance lui présentent une demande motivée en ce sens (art. D. 107, al. 2). L'article D. 107, dernier alinéa, ajoute : « si la demande est restée sans suite, ses auteurs peuvent procéder eux-mêmes à la convocation, en indiquant l'ordre du jour de la séance ».

Ainsi, le monopole du président et du vice-président, affirmé par la loi, est relativisé par le décret, qui ne reconnaît pourtant pas d'initiative individuelle à ce niveau aux membres du conseil de surveillance; les commissaires aux comptes et les membres du comité d'entreprise n'ont pas non plus de droit de convocation (sauf clause contraire...).

En outre, l'ordre du jour n'est obligatoire dans la convocation que dans l'hypothèse de l'article D. 107, dernier alinéa. Mais les statuts peuvent étendre cette obligation, comme ils peuvent aménager des délais, exiger des résolutions. etc. L'intérêt de ces mesures est plus grand qu'au directoire, puisque la périodicité des réunions est plus longue, et que les membres ne se connaissent pas ou peu. Ici, la formalisation garantit l'efficacité, alors qu'elle l'empêche au directoire.

Enfin, les statuts ne peuvent faire de conditions particulières entre les personnes qui siègent de droit au conseil. A peine de nullité des délibérations, les convocations doivent être envoyées à tous, et dans des conditions identiques, qu'il s'agisse des membres du conseil, des commissaires aux comptes (art. D. 192, al. 2), et, peut-être, des délégués du comité d'entreprise (10).

(9) Rép. Min. Just. à M. Dumortier, *J.O.*, Déb. Ass. Nat., 3 oct. 1970, p. 4092, n° 13621; comp. Hémard, Terré et Mabilat, t. II, n° 1037, p. 825.

(10) Cass. Com. 17 févr. 1975, *D.* 1975, J, 466, n. J.-C. Bousquet; *J.C.P.* 1975, II, 18105, n. J. Savatier; *Rev. Soc.* 1975, 269, obs. F.T.; — Reims 10 nov. 1975, *Bull. Inf. Soc.* 1976, p. 76. V. n° 305.

II. — L'assistance aux réunions.

42. — Les personnes convoquées ne sont pas forcément les seules à assister aux réunions. Le directoire et le conseil de surveillance peuvent aussi inviter les personnes de leur choix (censeurs, cadres, avocats, notaires, experts, syndicalistes, etc.). L'invitation n'est pas du ressort de celui qui convoque, mais de l'organe lui-même, statuant aux conditions habituelles. Elle reste ponctuelle et ne peut valoir pour toutes les réunions de l'organe intéressé, notamment si elle cache une fraude aux conditions d'aptitude des membres ou une participation de fait à la gestion de la société.

Hormis le cas de l'invitation, seules les personnes « convocables » ont le droit d'assister aux séances. Elles peuvent d'ailleurs venir même si elles n'ont pas reçu de convocation (à toutes les séances pour les membres en titre et les délégués du comité d'entreprise au conseil de surveillance; aux séances où leur présence est requise pour les commissaires aux comptes).

Mais leur présence n'est pas à proprement parler obligatoire, à la différence de leur convocation. L'absence représente seulement un risque, de taille il est vrai : car la responsabilité de l'absent peut être engagée non seulement en raison de sa propre négligence, mais aussi en raison des décisions prises sans sa participation (11).

Certes, l'absence peut être excusée. Mais, dans le silence des textes, on peut exiger de l'excuse qu'elle soit sérieuse, ce qui se mesure en proportion de l'obligation de diligence qui pèse sur chaque personne appelée à siéger. Au directoire, des absences répétées, même excusées, c'est-à-dire un empêchement prolongé, ne sont pas tolérables pour la société. En l'absence d'un texte comparable à l'article L. 112 (qui organise la délégation temporaire dans les fonctions de président du conseil d'administration), force est d'admettre que l'empêchement constitue un juste motif de révocation des membres du directoire, dont la présence et l'activité sont absolument nécessaires. L'empêchement n'est-il pas une cause de relèvement des commissaires aux comptes (art. L. 227) ?

Cela dit, on peut songer à limiter les inconvénients d'une absence passagère en autorisant la représentation. Mais il s'agit alors d'une atteinte au principe délibératif (v. § 2).

La preuve de l'assistance aux séances est encore plus importante au directoire qu'au conseil, étant donné les responsabilités encourues. Pourtant, si les textes sont diserts à ce sujet pour le conseil, ils restent muets quant au directoire : tout dépend en effet du contenu des clauses statutaires.

Le conseil de surveillance bénéficie des règles formées par la tradition du conseil d'administration : les membres qui assistent aux réunions doivent signer un registre de présence (art. D. 18); le procès-verbal des délibérations indique lui aussi leur nom, ainsi que celui des membres excusés ou absents et de toute personne qui a assisté à « tout ou partie de la réunion » (art. D. 110, al. 1er). Une simple copie ou un extrait du procès-verbal suffit à établir la présence d'un membre à une séance du conseil (art. D. 112).

(11) V. *infra*, Responsabilité. Cf. A. Tunc, L'effacement des organes légaux de la société anonyme, *D.* 1952, Chron. p. 73.

§ 2. — Les délibérations.

43. — C'est sans doute au travers des délibérations que la collégialité s'exprime avec le plus d'évidence. Car, à de rares exceptions près, les membres du directoire comme ceux du conseil de surveillance n'ont pas de pouvoirs propres : ils exercent les pouvoirs collégiaux ensemble, sur un pied d'égalité, par le moyen du vote. On se trouve en présence non pas d'une addition de personnes, mais d'une collectivité organisée, soudée, pourvue de moyens d'expression qui lui sont propres (12).

Mais ni le directoire, ni le conseil de surveillance n'en sont pour autant dotés de la personnalité morale, d'une personnalité distincte de celle de la société elle-même. Cette solution logique existait depuis longtemps pour le conseil d'administration (13), assortie d'une nuance admise par un arrêt de la Cour d'Appel de Nancy (14) : en cas de conflit interne à la société, les actionnaires peuvent assigner le conseil d'administration en tant que tel. Une telle procédure semble transposable au type nouveau, dans la mesure où elle oppose les actionnaires à l'un ou l'autre organe. Mais l'éventualité d'un procès entre le directoire et le conseil de surveillance est fortement improbable, car une bonne partie de leurs conflits sont tranchés par l'assemblée elle-même.

Le plus généralement, ce n'est pas la volonté de tel ou tel organe qu'il faut dégager, mais celle de la société. Pour l'exprimer, deux phases sont nécessaires : l'une prépare (les débats), l'autre conclut (le vote). L'ensemble de ces opérations peut (au directoire) ou doit (au conseil de surveillance) être consigné sur un procès-verbal de délibérations, dont les règles sont, pour le conseil de surveillance, entièrement reprises au conseil d'administration (15).

I. — Les débats.

A. — Existence des débats.

44. — La nécessité d'un débat (et non d'un accord séparé des membres) est une solution classique au conseil d'administration (16).

Elle s'impose aussi au conseil de surveillance, excluant le vote par correspondance, pourtant négligé par les textes (17).

Dans le silence des statuts, peut-être convient-il d'être moins catégorique à propos d'un directoire dont les réunions sont très fréquentes. En matière de gestion, l'information et la prise de décision doivent se faire dans les délais les plus brefs. Il ne faut donc pas rejeter, pour le directoire, les procédés modernes de communication. D'ailleurs, aucun texte n'impose l'unité de lieu pour les

(12) Comp. pour la S.A.R.L., B. Allibert, art. préc.
(13) Escarra et Rault, t. IV, n° 1450, p. 134; Ripert et Roblot, t. I, n° 1289, p. 760.
(14) 19 juill. 1946, *D.* 1947, p. 525, n. A.C.
(15) Comp. les art. D. 109 à 112 et les art. D. 85 à 88. V. Hémard, Terré et Mabilat, t. I, n° 932, p. 795; Mercadal et Janin, n°s 1332 et s.; P.-G. Gourlay, th. préc. n°s 337 et s.
(16) Paris 18 mars 1959, *Gaz. Pal.* 1959, 2, 6, concl. Lambert; *J. Soc.* 1959, p. 325; *Rev. Soc.* 1959, p. 192; — Paris 13 juin 1964, *D.* 1965, p. 398; *Rev. Soc.* 1965, p. 276. V. aussi, à propos de la participation des membres du comité d'entreprise, Cass. Com. 17 févr. 1975, préc. n. 10.
(17) V. Hémard, Terré et Mabilat, t. I, n° 928, p. 791; n° 1135, p. 996.

délibérations (18). Mais ces techniques ne sont pas le substitut parfait des véritables réunions, et elles n'ont de valeur que si elles permettent l'accélération du processus de décision : les statuts auront donc avantage à combiner avec les modes classiques de délibérations ces pratiques modernes, en les soumettant à de strictes conditions d'efficacité.

On arrive donc à cette situation paradoxale : le travail du directoire doit être fortement collégial, en fonction des textes et dans l'intérêt de tous, mais l'exigence d'un débat ponctuel sur chaque décision peut s'effacer devant les nécessités de la gestion.

45. — Cela dit, la loi elle-même instaure en faveur du conseil de surveillance une exception à l'exigence des débats (art. L. 139, al. 2, réd., loi du 12 juill. 1967) : la représentation, refusée en 1966, est admise en 1967, sauf clause contraire des statuts (art. D. 107-1, comp. art. D. 83-1).

Mais les conditions posées sont suffisamment strictes : le représentant ne peut être qu'un membre du conseil de surveillance, ou le représentant d'une personne morale membre du conseil (19). Il ne peut recevoir qu'une seule procuration pour la même réunion. Le décret va jusqu'à prévoir la forme matérielle du mandat (lettre ou télégramme). Notons qu'après la séance, la preuve de la représentation peut être fournie par la copie ou l'extrait de procès-verbal de délibération (art. D. 112).

Il n'est pas précisé si le président et le vice-président peuvent se faire représenter. Leur rôle particulier porte à considérer que la présence d'au moins l'un des deux est obligatoire. Mais, en tant que membre du conseil, ils disposent du droit affirmé dans l'article D. 107-1 : *ubi lex non distinguit...*

Le système de l'article D. 107-1 semble heureux : il concilie la lutte contre l'absentéisme, si souvent dénoncé à propos du conseil d'administration, et la souplesse nécessaire vis-à-vis de personnes souvent très prises. Le nombre des membres physiquement présents à une réunion ne pourra pas être inférieur à deux, hypothèse minimale de la délibération.

Pourquoi ne pas reprendre le même système, dans les statuts, pour le directoire ? En effet, aucun texte n'y organise la représentation. Il semble exagéré d'exiger la présence physique des membres du directoire à toutes les réunions pour reconnaître leur participation aux décisions (20). La liberté souhaitable au directoire permet des solutions adaptées aux nécessités de la gestion; certes, ici, l'atteinte est plus forte qu'au cas de communication simultanée par duplex. Mais le mandant reste responsable personnellement de ce que fait son mandataire. La seule limite réside dans le respect du principe délibératif, que ménage correctement l'article D. 107-1 pour le conseil...

Seulement, si les statuts n'abordent pas la question, la représentation, sans être totalement prohibée, ne saurait être permise qu'au vu de circonstances exceptionnelles (21).

46. — Tout aussi contraires au jeu délibératif sont en principe les conven-

(18) Comp. pour les assemblées, J. BURGARD, Les assemblées en duplex, *Rev. Soc.* 1973, p. 293.

(19) Mais non un délégué du comité d'entreprise, parce qu'il n'est pas — ou pas encore (cosurveillance) — membre du conseil à part entière, n'ayant pas voix délibérative.

(20) Comp. J. GARCIN, La société anonyme avec directoire et conseil de surveillance, th. Lyon, 1971, p. 37.

(21) H. LECOMPTE, La société anonyme avec directoire, *Rev. Trim. Dr. Com.* 1968, p. 254.

tions de vote. Il est délicat de les définir (22), tant est grande leur diversité, mais elles ont en commun au moins un caractère : elles sont un accord emportant le dessaisissement de leur vote pour tout ou partie des membres d'un organe. Le débat peut alors disparaître ou perdre sa raison d'être.

Cette situation ne nuit pas forcément à l'intérêt de la société, mais elle est plus grave au directoire et au conseil de surveillance qu'à l'assemblée générale, à cause de la nature collégiale des premiers : on y vote par tête et non en capital, avec des conditions de quorum plus sévères. De plus, les membres du directoire et ceux du conseil de surveillance représentent d'autres intérêts que les leurs propres : ils exercent une fonction sociale dont ils ne peuvent faire ainsi l'abandon : l'activité des organes ne sera réelle que si chaque membre peut adapter sa position aux problèmes de l'heure.

Toutes ces raisons sont aussi valables au directoire et au conseil de surveillance qu'au conseil d'administration; il y a donc de fortes chances pour que la jurisprudence relative à ce dernier s'applique aux organes que nous étudions. Or l'hostilité de la Cour de Cassation est très nette vis-à-vis des conventions de vote, car les administrateurs « doivent pouvoir se faire, à tout moment, en conscience, une opinion de l'intérêt social, et exprimer cette opinion par un vote librement émis » (23).

La doctrine dominante estime toutefois qu'il ne s'agit pas d'une condamnation totale de ces pratiques, justifiables, par exemple « à la veille d'une fusion ou d'une prise de participation » (24). Mais, outre que ces opérations peuvent fort bien réussir sans conventions de vote (malgré une pratique courante que l'on a sans doute voulu justifier), il devient délicat de définir, au niveau du conseil de surveillance et, *a fortiori*, du directoire, le critère de distinction entre les bonnes conventions de vote et les mauvaises. Elles demeurent en toute hypothèse un risque grave pour la société, risque au moins égal à celui que fait courir leur absence.

Mais la situation qu'elles créent est souvent difficile à discerner de l'extérieur, et rares sont les plaintes si le profit de chacun des contractants est assuré. On devine qu'il n'en va pas toujours ainsi de l'intérêt social ou de celui des minoritaires.

B. — Direction des débats.

47. — La direction des débats fait, elle aussi, l'objet d'une mention légale pour le seul conseil de surveillance : elle constitue l'un des rôles majeurs du président du conseil de surveillance, suppléé, lorsque c'est nécessaire, par le vice-président, voire un autre membre, malgré le silence des textes. Notons d'ailleurs que les statuts peuvent prévoir un bureau, mais le plus souvent, cette initiative vient du conseil lui-même, qui pourvoit à la composition dudit bureau.

(22) J. Penneau, De l'irrégularité des conventions de vote dans le droit des sociétés commerciales, *J.C.P.* 1975, éd. C.I., 11776; A. Tunc, Les conventions relatives au droit de vote et l'organisation de la société anonyme, *Rev. Gén. Dr. Com.* 1942, 5; Ch. Freyria, La jurisprudence sur les conventions portant atteinte à la liberté du vote dans les sociétés, *Rev. Trim. Dr. Com.* 1951, 419; A. Tarsac, Les conventions de vote au conseil d'administration de la société anonyme, *Banque* 1967, 546.

(23) Cass. Com. 8 mai 1963, *J.C.P.* 1963, II, 13282, n. J.R., *Rev. Trim. Dr. Com.* 1964, p. 596, obs. R. Houin. V. J. Schapira, note sous l'arrêt cassé (Paris 4 mai 1960, *S.* 1961, 12) et L'intérêt social et le fonctionnement de la société anonyme, *Rev. Trim. Dr. Com.* 1971, 962, n° 8.

(24) J. Penneau, art. préc.; J. Fossereau, Le vote au conseil d'administration. *Rev. Trim. Dr. Com.* 1965, 322; Hémard, Terré et Mabilat, t. I, p. 788, n° 926.

La direction des débats, apparemment honorifique, est en réalité une condition du jeu efficace des mécanismes délibératifs. Certes, elle reste à un niveau formel, elle consiste à ordonner les questions, animer les échanges, faire préciser les opinions de chacun. Elle doit tendre plus à l'incitation qu'à l'interdiction. Les personnes qui siègent ne sont pas tenues de s'exprimer et leur silence vaut prise de position.

Cependant, il n'est pas possible de réduire quiconque au silence, n'aurait-il qu'une voix consultative, dès lors que le sujet abordé rentre dans la compétence du conseil ou dans l'ordre du jour s'il y en a un, et que la communication ne représente pas une obstruction aux débats (question sans importance, discours trop long ou trop confus, etc.).

Le bon fonctionnement du collège suppose donc un certain accord entre tous les participants : il faut en quelque sorte que chacun ait « l'esprit délibératif », et notamment la personne chargée de diriger les débats. Les règles juridiques — que le président doit certes faire observer — ne peuvent à elles seules suffire à créer ce climat, mais les atteintes les plus graves (censure d'une partie du conseil) apparaissent de nature à entraîner la nullité des délibérations.

Ces considérations jouent *a fortiori* pour le directoire, peu nombreux, plus collégial, plus égalitaire : l'esprit d'équipe y devient une nécessité pour la société.

Paradoxalement, une fois encore, des règles trop strictes destinées à assurer cette communion, risqueraient de l'empêcher : nous sommes dans un domaine où la psychologie l'emporte sur le droit. L'on est parfois désarmé si l'un des membres, détenteur d'une forte influence en tant qu'actionnaire, monopolise la réalité des pouvoirs : les seules sanctions (parfois inefficaces) qui sont encourues supposent, d'abord, la ruine de la société.

C. — Quorum.

48. — Exiger un débat et le vouloir animé représentent de très bonnes intentions que l'absentéisme peut priver de toute réalisation. C'est pourquoi la réglementation a encore fixé un garde-fou numérique, qui vient utilement compléter les principes : un quorum de moitié est exigé au conseil de surveillance (art. L. 139, al. 2).

La tournure impérative du texte et les débats parlementaires permettent de penser que cette règle est d'ordre public, aussi bien dans les quorum adoucis que dans les quorum aggravés (25). On peut s'étonner cependant du silence de l'article L. 139 à propos de la sanction, alors que l'article L. 100 prend soin de réputer toute clause contraire non écrite. Veut-on ouvrir la voie à une solution plus simple qui est de n'admettre la nullité des délibérations que lorsque le quorum est inférieur au minimum légal ? On parvient à ce résultat pour le conseil de surveillance par le biais de l'article L. 360, al. 2.

Il revient aux statuts de fixer le quorum applicable au directoire. La souplesse nécessaire de l'organe de gestion est limitée par l'exigence d'une collégialité minimale. En toute hypothèse, deux membres du directoire au moins doivent prendre part aux réunions pour qu'elles produisent des décisions valables.

Les statuts peuvent s'accommoder de cette règle de façon très diverse, et permettre, par exemple, de calculer le quorum sur le nombre de présents et de représentés... Cette fantaisie reste possible si le nombre atteint est égal ou supérieur à deux.

(25) P.-G. Gourlay, th. préc., n° 310.

En l'absence de clause, faut-il aller plus loin notamment si les membres du directoire sont au nombre de cinq ? Des solutions diverses peuvent être soutenues, si l'on se réfère à la controverse relative au quorum applicable au conseil d'administration antérieur à 1966 (26). Mais il nous semble qu'ici la rigueur s'impose (27), car, à la différence des administrateurs, les membres du directoire sont employés à plein temps à la gestion quotidienne de la société. Leur absence les rendra d'autant plus responsables (et révocables sans indemnité) si elle empêche le directoire de prendre ses décisions.

II. — Le vote.

49. — La volonté organique pourra se dégager, lorsque, le quorum étant atteint, une majorité se dégagera en faveur de telle ou telle décision. L'objet du vote doit être une décision précise, mais l'on conçoit l'emploi du vote bloqué en matière de politique commerciale ou industrielle.

Ne participent au vote que les membres des organes. Ni les commissaires aux comptes, ni les personnes invitées (les censeurs, notamment) ne peuvent prendre part aux décisions, qui, sinon, seraient entachées de nullité et placeraient les intéressés dans la catégorie des dirigeants de fait, s'il s'agit d'un vote du directoire.

Toutefois, on peut parfaitement convier ces personnes à émettre un vote consultatif, c'est-à-dire leur donner la même forme de participation que celle qui est reconnue aux délégués du comité d'entreprise au conseil de surveillance : ils prennent part au vote, mais leur voix n'est pas décomptée pour la décision finale. Elle ne pèse que « moralement ».

50. — Conséquence logique, mais non obligatoire de la représentation, le vote par procuration est admis au conseil de surveillance, à raison d'un seul vote par représentant (art. L. 139, al. 2 et D. 107-1). En l'absence de précision légale, on peut estimer que le mandat de représentation peut porter sur un vote précis; il s'agit alors de l'une des rares conventions de vote régulières.

Aucun texte n'interdit ni ne permet le vote par procuration au directoire. Il est difficile de décider *in abstracto* de son illicéité (28). Mieux vaut réserver la réponse en fonction de la pratique réelle du directoire et du contenu des statuts : on admettra le vote par procuration s'il ne porte pas atteinte à la collégialité du directoire et à l'obligation de diligence qu'assume personnellement chaque membre du directoire (29).

Le décompte des voix, par tête et non en capital, contenant le cas échéant celles des membres représentés, doit faire apparaître une majorité si l'on veut passer au stade ultime, celui de la décision. L'exigence d'une majorité participe de l'essence de la collégialité. Mais la majorité exigible n'est pas toujours la même selon les organes, les décisions, les statuts.

(26) V. J. Fossereau, art. préc., p. 344 et s.; P.-G. Gourlay, th. préc., nos 307 à 309.

(27) Comp. D. Bastian, *J.C.P.* 1968, I, 2183, n° 486; Hémard, Terré et Mabilat, t. I, n° 1089, p. 960.

(28) Comp. Hémard, Terré et Mabilat, t. I, n° 1088, p. 959; H. Lecompte, *Rev. Trim. Dr. Com.* 1968, préc. p. 254.

(29) Certains n'admettent le vote par procuration au directoire que s'il est décidé par les statuts (Mercadal et Janin, n° 1556).

A. — Conseil de surveillance.

51. — Au conseil de surveillance, les décisions sont prises à la majorité simple, à moins que les statuts ne prévoient une majorité plus forte (art. L. 139, al. 2). Des majorités qualifiées et même l'unanimité peuvent être requises pour toutes les décisions ou certaines d'entre elles (exemple : la proposition de révocation des membres du directoire). Mais l'intérêt de la société n'est pas de risquer de tels blocages.

Le législateur a retenu une modalité pour éviter un type précis de blocage : le président de séance (c'est-à-dire le président, le vice-président du conseil, ou celui qui les remplace) a voix prépondérante « en cas de partage » (art. L. 139, dernier alinéa). Le système n'a pas à fonctionner en cas de majorité qualifiée et les statuts peuvent l'écarter, c'est dire qu'il est d'application restreinte. Voilà un argument en faveur d'une « surveillance judiciaire provisoire » qui permettrait le déblocage de la situation sans révoquer quiconque.

B. — Directoire.

52. — Pour le directoire, que peuvent décider les statuts ? Leur liberté n'est assurément pas limitée vers le haut : ils peuvent retenir l'unanimité, ou une majorité qualifiée, pour toutes décisions ou certaines seulement. Mais peuvent-ils aller plus bas que la majorité simple ? Le problème est assez complexe. Certes, de prime abord, cette solution viole les règles de la collégialité, ce qui ne peut être toléré au directoire. Pourtant, si l'on examine le résultat d'une telle clause, on s'aperçoit qu'elle est susceptible de différentes analyses. En effet, elle revient à conférer à deux membres du directoire ou à un seul un pouvoir de décision dans la compétence de l'organe tout entier. On pense alors à la répartition des tâches (art. D. 99) ou à la délégation de pouvoirs. Cependant, la loi enferme l'une et l'autre dans des modalités précises : la première doit être autorisée par le conseil de surveillance et décidée par les membres du directoire eux-mêmes. La seconde ne peut être décidée que par l'organe qui détient les pouvoirs, or, l'on sait que le directoire, comme le conseil d'administration, tient de la loi des pouvoirs qui lui sont propres. Aussi n'est-il pas possible d'admettre que les statuts s'arrogent des pouvoirs qu'ils n'ont pas, et l'on ne voit pas le moyen de tourner la règle de la majorité simple, puisque les membres du directoire n'ont pratiquement pas de pouvoirs *ex individuo*.

Cela dit, entre la majorité simple et l'unanimité, le choix des statuts reste très délicat. La majorité permettra à certains de dégager leur responsabilité; l'unanimité leur permettra de bloquer l'action du directoire. Mais elle n'est pas un bon moyen pour les actionnaires de contrôler l'action du directoire, car elle permet de répondre à la négative par la négative.

De plus, la clause statutaire, relativement fréquente, qui impose, lorsque l'unanimité exigible au directoire n'est pas atteinte, un recours au conseil de surveillance, constitue une violation très grave du principe de la séparation des fonctions. En effet, dès qu'une opposition se fait jour au directoire, et il est facile à l'organe qui nomme le directoire de la susciter, c'est le conseil de surveillance qui prend les décisions de gestion. Il ne reste plus rien de l'autonomie du directoire. Le conseil de surveillance devient encore plus puissant que le conseil d'administration. Mais, ce faisant, il devient aussi dirigeant de fait. Cette clause n'est pas non plus justifiable par assimilation aux autorisations statutaires de l'article L. 128. Car il ne s'agit pas d'autoriser un acte qui sera décidé ou non par le directoire, il s'agit tout simplement de prendre la décision aux lieu et place du directoire, soit directement, soit en l'imposant aux membres du directoire qui ne sont plus alors que de simples exécutants.

On peut éviter ces écueils en réservant la dangereuse unanimité à certaines décisions particulièrement importantes (qui font ou ne font pas, par ailleurs, l'objet d'une autorisation statutaire par le conseil), tout en posant pour principe majorité simple ou qualifiée. La finesse de cette horlogerie commande sans doute que l'on ait recours au règlement intérieur, plus aisément modifiable que les statuts. Mais il serait souhaitable que, sur ces questions, le directoire lui-même ait voix au chapitre (30) (en faisant son propre règlement, ou en participant à une réunion plénière (31) avec le conseil).

En théorie, il peut sembler heureux de répartir les sièges du directoire entre minoritaires et majoritaires. Chacun se sentirait pris en considération au mieux, et serait impliqué comme responsable de la gestion.

Pourtant, cette politique fait courir de gros risques : blocage en cas d'unanimité exigée, et en cas de majorité, reproduction à une échelle réduite de la domination majoritaire, débats inutiles, inefficacité du directoire.

Pour éviter ces inconvénients, un directoire de composition homogène est préférable, à moins que l'on ait l'optimisme et la confiance nécessaires. De toute manière, la répartition des sièges ne peut se faire dans les statuts, car ce serait une convention de vote prohibée : elle dépend entièrement du bon vouloir des membres du conseil de surveillance au moment où ils nomment le directoire.

53. — Si les statuts restent silencieux, certains arguments laissent penser que seule l'unanimité des membres du directoire peut dégager la volonté de cet organe : on peut mettre en avant la collégialité très dense et l'importance des responsabilités encourues. Mais la seule référence possible, celle du conseil d'administration (ou du conseil de surveillance), milite en faveur de la majorité simple. Surtout, les fonctions remplies par le directoire s'accommodent mal d'une pareille rigueur, les risques d'obstruction sont trop grands. Enfin, la majorité simple est, elle aussi, une règle dérivant de la collégialité (32).

Toutefois, réservons des hypothèses où la majorité simple doit être écartée : si le directoire ne compte que deux membres, ou si une séance ne réunit que deux membres, on doit exiger leur accord sans accepter la voix prépondérante du président. Celle-ci ne pourra être prévue par les statuts que lorsque le directoire compte au moins quatre membres.

54. — Que les statuts règlent ou non les problèmes de prise de décision du directoire, il faut se demander si les règles que nous venons de dégager peuvent être sanctionnées par la nullité.

La loi du 24 juillet 1966 ne permet pas de répondre par l'affirmative à cette question. En effet, il ne s'agit pas ici de règles impératives, et la violation des clauses statutaires n'entraîne pas la nullité. De plus, l'élément central qui permet de construire un ensemble de solutions réside dans la collégialité du directoire. Or, elle n'apparaît *expressis verbis* que dans l'article D. 99 (c'est-à-dire dans le décret d'application de la loi) qui ne dispose lui-même d'aucune sanction. Certes, la collégialité du directoire résulte de bien d'autres dispositions impératives de la loi. Mais ces dispositions portent sur des effets différents de la collégialité, et seule la violation de ces effets particuliers va entraîner des nullités.

Aussi faut-il avoir recours à la jurisprudence classique. Elle vient à notre secours avec deux constructions qui lui sont propres et qu'elle ne devrait pas

(30) V. *supra*, n° 36.
(31) V. *infra*, n° 115.
(32) D. Bastian, *J.C.P.* 1968, I, 2183, n° 486; Hémard, Terré et Mabilat, t. I, n° 1090, p. 960. En droit allemand, le Vorstand prend normalement ses décisions à l'unanimité (R. Sinay, La société anonyme de type nouveau dans le projet de loi français sur les sociétés commerciales, *Gaz. Pal.* 1966, 1, Doctr. p. 50, spé. n° 25).

hésiter à appliquer au directoire : la théorie de l'abus de droit et du détournement de pouvoir, et la théorie de l'administration provisoire (33).

Bien évidemment, le champ d'application de ces théories est beaucoup plus vaste que le domaine que nous étudions présentement : l'intéressant est qu'elles peuvent couvrir toutes les règles dégagées en cas de silence des statuts lorsque leur violation entraîne une préjudice. De plus, le juge se trouvera plus à l'aise dans la défense de la collégialité, notion relativement formelle, car il n'aura pas à se livrer à l'analyse de l'intérêt de la société, du moins directement.

Section 2. — **Fonctionnement permanent.**

55. — La collégialité, loin d'être l'ennemie de la permanence, permet au contraire sa réalisation. Peu vont importer les changements d'hommes si l'organe demeure. Comme le conseil d'administration, le directoire et le conseil de surveillance sont faits pour fonctionner continûment. De rares cassures peuvent se produire : le principal souci des juridictions est alors d'assurer la poursuite de la gestion sociale en nommant un administrateur judiciaire, ou, le cas échéant, en pourvoyant aux sièges devenus vacants (34).

La permanence n'a pas la même tonalité dans l'un et l'autre organe. On peut parler de permanence absolue au directoire : il est chargé de la gestion quotidienne, de la mise en œuvre constante de la politique de la société (35). La permanence du conseil est plutôt relative : il n'est pas tenu de prendre les devants, et il réagit seulement aux faits les plus saillants, son information se concentre sur les actes qui retentissent sur la politique globale de la société.

Cette différence de niveau se retrouve lorsqu'il faut mettre en œuvre la permanence. Les mécanismes sont plus ou moins utiles, les risques plus ou moins grands selon l'organe intéressé. De toute manière, et il est absolument essentiel de le retenir, les techniques utilisées pour assurer le fonctionnement entre les délibérations ne sont que complémentaires : l'essentiel demeure la décision collégiale, le reste n'est que son application.

C'est la pratique du conseil d'administration (36) qui a dégagé les moyens d'assurer la continuité du fonctionnement collégial, et ces moyens sont le bureau et la répartition des tâches.

§ 1. — **Le bureau.**

I. — Directoire.

56. — Réunissant au maximum cinq personnes, le directoire peut normalement se passer d'un bureau. De plus, il devrait se réunir « tous les matins

(33) V. C.-J. Berr, *L'exercice du pouvoir dans les sociétés commerciales* B.D.C. n° 3, p. 271, n°s 461 et s.; R. Contin, Le contrôle de la gestion des sociétés anonymes, p. 435, n°s 638 et s.; Hémard, Terré et Mabilat, t. I, n° 1088, p. 959.

(34) V. *infra*, n°s 350 et s.

(35) Comme en témoigne le succès de l'impressionnante expression « full-time job » du projet Sanders (Hémard, Terré et Mabilat, t. I, n° 1086, p. 958).

(36) Escarra et Rault, t. IV, n° 1456, p. 141; P.-G. Gourlay, th. préc., p. 115, n°s 196 et s.

ou tous les deux jours » (37). C'est du moins ce qu'envisageait le sénateur Dailly en 1966. Mais cela ne peut pas toujours se réaliser et une organisation permanente peut s'avérer utile à l'intérieur même du directoire.

Le bureau serait naturellement composé du président et d'un ou deux autres membres, ce qui ne se conçoit que lorsque le directoire comprend lui-même un maximum de sièges. L'utilité principale de cette sous-formation serait de coordonner certaines tâches, d'animer les délibérations, d'informer, d'utiliser les moyens de communications modernes pour prendre une décision. On imagine assez bien un « directoire en duplex » (38), lorsque, certains membres étant éloignés, une décision importante ne peut être prise sans leur concours.

Essentiellement destiné à faciliter le travail collégial, le bureau ne saurait prendre la place du directoire lui-même pour les décisions et les responsabilités. Il se contente de stimuler et d'informer. Les statuts peuvent d'ailleurs le charger d'une mission d'information envers le conseil de surveillance; mais il ne faut pas non plus accabler le directoire sous le poids de la communication; de plus, c'est en principe le conseil lui-même qui doit aller chercher les renseignements qui lui sont nécessaires.

En l'absence de bureau, ou lorsque le directoire ne compte pas suffisamment de membres, les tâches d'information assumées autrement par le bureau seront confiées à de simples préposés agissant sous la responsabilité du directoire (la pratique parle alors de secrétariat, ce qui n'est pas sans équivoque, étant donné la présence usuelle d'un « secrétaire », membre du directoire à part entière, dans le bureau du directoire).

II. — Conseil de surveillance.

57. — Le conseil de surveillance compte normalement suffisamment de membres (jusqu'à vingt-quatre en cas de fusion) pour que la formation d'un bureau y soit utile : plus qu'au directoire, il est besoin d'intéresser et d'informer des membres qui ne suivent pas de très près les affaires sociales, mais qui peuvent rapidement fournir un avis important. On retrouve, dans un cadre analogue à celui du conseil d'administration, des besoins proches de ceux de cet organe.

Le législateur a d'ailleurs fait plus pour le conseil de surveillance puisqu'il a institué un vice-président à côté du président du conseil (39), et qu'il leur a confié la tâche de convoquer le conseil. D'autres membres peuvent leur être adjoints dans un bureau assez étoffé pour bien préparer les réunions et remplir les procès-verbaux de délibérations. Mais ce travail peut également être fourni par un secrétaire, non membre du conseil, et comme tel, assistant à ses réunions sans y délibérer (40).

§ 2. — La répartition des tâches.

58. — C'est sans doute en vue d'assurer une meilleure couverture de leur domaine, aussi bien dans le temps que dans l'objet, que le directoire et le conseil

(37) *J.O.*, Déb. Sénat, 23 avril 1966, p. 252.
(38) Cf. J. Burgard, art. préc., n. 18.
(39) D. Bastian, *J.-Cl. Sociétés*, fasc. 131, n° 33.
(40) R. Plaisant et P. Delaisi, *Encycl. Dalloz Sociétés*, v° *Conseil d'administration*, n° 16.

de surveillance peuvent affecter à certains de leurs membres l'exécution de tâches spécifiques. La mise en œuvre de cette répartition varie d'un organe à l'autre en fonction du degré de collégialité, ici variable essentielle, alors que les pouvoirs affectés ne sont que partie de ceux de l'organe considéré.

I. — Répartition des tâches au directoire.

59. — L'article D. 99 permet « aux membres du directoire de répartir entre eux les tâches de la direction ».

Cette formulation est embarrassante. Les membres du directoire sont considérés individuellement. On peut se demander pourquoi, mais une conséquence apparaît clairement : la décision de répartition doit être prise à l'unanimité quel que soit le contenu des statuts. Autrement, on lirait : « le directoire peut répartir entre ses membres... ».

De plus, aucun texte ne définit ce qu'il faut entendre par « direction ». Cela comprend-il l'ensemble des fonctions du « directoire » ou certaines d'entre elles seulement ? Il ne peut s'agir, en tout cas, de fonctions remplies par des salariés (directeur technique), ni des fonctions de représentation (directeur général). On mesure l'imprécision du terme, à travers laquelle il faut peut-être voir une intention libérale : toutes les « tâches » du directoire pourraient être « réparties ».

Mais, pour cela, trois conditions sont encore nécessaires.

Deux conditions de forme : cette répartition ne doit pas être contraire à une clause des statuts et elle doit être autorisée par le conseil de surveillance. Le cumul de ces conditions exclut qu'une répartition soit autorisée directement par les statuts. Mais le conseil peut l'autoriser en l'absence de clause des statuts. Y aurait-il clause contraire des statuts si ceux-ci renvoient à un règlement intérieur qui exclut la répartition ? Non, puisque statuts et règlement intérieur n'ont pas le même auteur, ni la même valeur juridique.

De plus, l'autorisation du conseil, si elle est nécessairement préalable, ne doit pas contenir elle-même la répartition. Son objet est seulement l'assentiment à un système conçu par les membres du directoire pour leur propre usage. Dans cette optique, l'autorisation devrait être reconduite tous les quatre ans puisque les termes de la collégialité changent à ce rythme.

La sanction des conditions de forme n'est pas précisée par le décret. Elle ne peut donc être la nullité de la répartition et des actes qui en découlent : seulement une responsabilité des membres du directoire (éventuellement susceptible d'écarter l'indemnisation des révoqués).

La condition de fond : « Toutefois, cette répartition ne peut en aucun cas avoir pour effet de retirer au directoire son caractère d'organe assurant collégialement la direction de la société. » Derrière cette formulation impérative, on devine la crainte de deux dangers : la répartition pourrait d'une part, faire disparaître la collégialité du directoire et d'autre part, porter atteinte à la compétence de ce dernier dans la direction des affaires sociales.

Ce texte semble utile pour guider l'exégèse. Il n'en est pas moins superflu et même dangereux (41). Superflu, parce que l'organisation globale du directoire,

(41) Pour M. D. Bastian (*J.C.P.* 1968, I, 2183, n° 487), ce sens de la formule de l'art. D. 99 est « douteux ».

telle qu'elle émane de la loi, dénote déjà toute l'importance de la collégialité et de la séparation des fonctions. Dangereux, car il semble opposer répartition des tâches et collégialité. Or, on peut dire qu'une véritable collégialité emporte nécessairement une répartition des tâches (sans parler d'inégalité de statut). La finalité d'une équipe n'implique pas tant l'identité des attributions de chacun que leur complémentarité : l'essentiel est de parvenir à un tout homogène (42).

Poser que la répartition puisse retirer au directoire son caractère collégial, c'est admettre que les décisions des membres spécialisés seront prises *ex individuo*. Or, rien d'autre que l'article D. 99 ne permet d'envisager une telle solution. Les actes de gestion interne accomplis par chacun des membres sont en réalité des actes de l'entier directoire. Ils engagent la responsabilité collective, sauf opposition régulière dûment établie. Les actes de représentation externe suivent le même régime, qu'il y ait plusieurs représentants sociaux ou un seul.

N'est-ce pas, d'ailleurs, la même confusion qui conduit l'article D. 99 à attribuer la compétence de répartition aux membres du directoire et non au directoire lui-même ?

En outre, la répartition des tâches de direction peut-elle enlever au directoire ses pouvoirs de direction ? Si l'on craint la parcellisation des compétences, force est de constater qu'elles restent quand même attribuées dans leur ensemble au directoire. Certes, on peut imaginer que le directoire décide lui-même en son sein des possibilités d'obstruction pour faire face, par exemple, au caractère hétéroclite de sa composition. Mais l'intérêt sera mince, ou contraire à celui de la société, que d'organiser l'impuissance de l'organe de gestion. On tomberait assez rapidement dans une hypothèse d'administration provisoire.

Ce n'est donc pas par l'effet comminatoire de l'article D. 99 (au demeurant verbal puisque aucune sanction n'est précisée; on peut envisager théoriquement la responsabilité des intéressés et du conseil de surveillance), que la collégialité du directoire sera maintenue. L'esprit d'équipe trouvera une motivation plus réaliste dans la composition du directoire, son rôle global et surtout ses responsabilités : le risque que court un membre en ne s'intéressant qu'à son propre secteur (le danger est réel !) opérera la dissuasion la plus efficace.

60. — On peut enfin regretter le formalisme écrasant imposé au directoire pour s'adapter à son rôle. La pluralité des membres emporte d'elle-même une spécialisation, pourquoi la bloquer par une autorisation du conseil ? De plus, il est grave de méconnaître ainsi la variabilité des problèmes de gestion; la répartition des tâches ne peut être décidée une fois pour toutes. C'est constamment que le problème va se poser. La définition de grands secteurs d'activité ne conviendra pas forcément quand apparaîtront les occasions qu'il faudra saisir immédiatement.

Pour faire face à ce problème, deux solutions : faire une répartition très floue, susceptible de toutes les interprétations, ou ne pas en faire ! Dans ce cas, rien ne change, chaque membre du directoire peut tout faire, mais travaille en réalité sur un secteur précis.

On peut le regretter pour deux raisons : la répartition des tâches éclaire le problème des responsabilités (sans le trancher) et permet d'attribuer des rémunérations plus précises. A ce dernier point de vue, il est logique de la faire dépendre du conseil de surveillance. Mais est-il vraiment souhaitable que ce dernier soit juge *a priori* de la collégialité du directoire ?

(42) L'importance de l'idée d'homogénéité du directoire a bien été mise en lumière par M. M. Fahim, Le directoire dans les sociétés anonymes soumises aux articles 118 à 150 de la loi du 24 juillet 1966, *Rev. Soc.* 1969, p. 57.

II. — Répartition des tâches au conseil de surveillance.

61. — La pertinence des textes concernant le conseil de surveillance est moins sujette à caution que celle de l'article D. 99. En dehors des réunions du conseil, réunions périodiques où le travail est nécessairement collectif, les membres du conseil peuvent avoir à remplir des mandats spéciaux (art. D. 115, al. 1er) ou à participer à des commissions (art. D. 115, al. 2). Remarquons cependant que la loi (art. L. 141) ne fait allusion qu'à des « missions et mandats ».

A. — Les mandats spéciaux.

62. — Bien qu'ils correspondent en principe à des tâches ponctuelles, les mandats spéciaux n'en représentent pas moins un élément important de la permanence du conseil puisqu'ils sont exécutés en dehors des séances. Ils sont aussi l'expression de la collégialité dans la mesure où le conseil de surveillance les décide, les rémunère, les prend en charge. Ce n'est pas le président du conseil qui confère ces mandats, mais le conseil lui-même, statuant aux conditions normales.

Le ou les mandataires doivent être des membres du conseil. Il s'agit d'une différence notable avec le conseil d'administration, qui peut mandater des tiers (art. D. 90), ce qu'on peut expliquer par sa compétence plus large.

Les rédacteurs du décret auraient dû poursuivre cette distinction et ne pas reproduire pour le conseil de surveillance l'expression « tous mandats spéciaux pour un ou plusieurs objets déterminés ». En effet, cette formule se conçoit pour le conseil d'administration qui dispose des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société. Elle ne convient pas au conseil de surveillance dont les pouvoirs sont précisément délimités. En essayant de concilier la généralité (tous mandats) et la précision (mandats spéciaux, objet déterminé) la formule de l'article D. 115 apparaît à la fois ambiguë et redondante. La spécialité du mandat entraîne d'ailleurs que l'objet en soit déterminé, et aussi qu'il soit moins large que la compétence du conseil lui-même.

C'est ainsi que le conseil ne pourrait pas décider qu'un de ses membres doit « contrôler l'activité du directoire à la tête de la société ». Il ne pourrait pas décider non plus que le mandat porte sur un acte qui sort de la compétence du conseil (exemple : signer un marché pour le compte de la société).

L'article D. 118 ne vise pas expressément la rémunération du mandataire. Les mandats n'en sont pas nécessairement gratuits pour autant : le conseil de surveillance a le pouvoir de répartir librement entre ses membres le montant des jetons de présence, et il pourra augmenter la part des titulaires de mandats spéciaux.

Révocable *ad nutum*, le mandat spécial peut aussi prendre fin lorsque le mandataire quitte ses fonctions ou si l'objet est atteint. Il n'y a pas d'autres limites, et l'on peut concevoir des mandats qui durent aussi longtemps que la présence de l'intéressé au conseil.

Une aussi longue durée conviendra mieux aux commissions, ou du moins, à certaines d'entre elles.

B. — Les commissions (art. D. 115, al. 2).

63. — Autre illustration du travail permanent du conseil de surveillance, les commissions semblent avoir elles aussi une compétence de principe très large. Plus large même que celle des comités du conseil d'administration : ceux-ci sont seulement « chargés d'étudier les questions que le conseil d'administration ou son président soumet, pour avis, à leur examen » (art. D. 90, al. 2).

Cependant, les attributions des commissions ne peuvent excéder celles du conseil de surveillance lui-même; elles ne peuvent pas non plus « avoir pour objet de déléguer à une commission les pouvoirs qui sont attribués au conseil de surveillance lui-même par la loi ou les statuts ». Si l'on prenait cette formule au pied de la lettre, on se demande ce qui pourrait bien rester aux commissions... Probablement l'étude et la préparation des décisions du conseil (43).

On aurait pu à ce sujet s'inspirer du droit allemand : les commissions de l'Aufsichtsrat sont constituées « notamment pour préparer ses délibérations et ses résolutions, ou pour veiller à l'exécution d'une résolution ». L'Aktg 107 précise aussi, par renvoi, quelles fonctions ne peuvent être déléguées aux commissions.

L'article D. 115, al. 2, ajoute une deuxième limite à la compétence des commissions : elles ne peuvent « réduire ou limiter les pouvoirs du directoire ». Encore un truisme, car cette règle découle de la logique de la séparation des fonctions. Mais peut-être est-il préférable, à notre époque de droit écrit, de préciser ce qui va sans dire. On a sans doute voulu parer à l'obstruction par excès de contrôle. L'ensemble du texte cerne de tous côtés les pouvoirs des commissions, qui deviennent un instrument très délicat à manier...

La participation aux commissions est limitée aux membres du conseil. Les délégués du comité d'entreprise en sont donc exclus tant que la cosurveillance n'appartiendra pas au droit positif. Mais cela ne signifie pas, en revanche, que que soit interdit le recours du conseil à des experts (44), étant entendu que ceux-ci ne feront pas partie de la commission et seront payés pour leur service par la société.

CONCLUSION DU TITRE

64. — La mise en œuvre de la collégialité se révèle, en définitive, pleine d'embûches, notamment au niveau dont son efficacité dépend le plus, c'est-à-dire celui du fonctionnement des organes.

Le législateur avait le choix entre deux solutions pour faire face à ce problème. Soit il réglait lui-même le détail pour s'assurer d'une certaine sécurité formelle. Soit il confiait aux statuts et aux organes concernés le soin d'organiser eux-mêmes leur activité.

(43) Pour M. J.-J. Caussain (*J.-Cl. Sociétés*, fasc. 133-D), « l'activité de ces commissions ne peut donc être exercée que dans le cadre de l'organisation interne du conseil de surveillance » (n° 53). Pour M. A. Vene (*La lutte du pouvoir et de l'argent dans les sociétés par actions*, 1972, p. 29), les commissions ne peuvent ainsi servir à éliminer les délégués du comité d'entreprise ou les minoritaires du travail de contrôle.

(44) Comp. Aktg, § 111, al. 2. V. J. Einmahl, La réforme du droit des sociétés anonymes en Allemagne, *Rev. Trim. Dr. Com.* 1968, p. 592.

La deuxième solution l'a emporté, consacrant un système ouvert. Peut-être fallait-il compenser ce que la société anonyme a par ailleurs de contraignant. Mais ce choix correspond surtout à deux tendances fondamentales.

La première vise à ne pas réserver la société anonyme, fût-elle à directoire, aux seules grandes sociétés. Un formalisme trop lourd serait une charge impossible pour les petites sociétés. Aussi est-il plus réaliste de ne pas leur imposer des règles qu'elles ne peuvent (ou ne veulent) pas appliquer.

La seconde tendance est un choix technique de structuration : ce n'est pas la peine d'aller plus loin dans la mise en œuvre de la collégialité à partir du moment où l'objet même des organes est bien défini : de cet objet l'on déduit les règles propres au collège. Dans cette optique, la répartition des fonctions devient le principal élément structurant des organes, tant en eux-mêmes qu'entre eux. Ce n'est peut-être pas la technique la plus précise, mais c'est à coup sûr la plus dynamique et la plus adaptée à la variété des situations.

TITRE DEUXIEME

LA REPARTITION DES FONCTIONS

65. — Dictée par une vue plus réaliste de la société anonyme, la définition légale des fonctions de chaque organe représente un tournant essentiel. A la relation verticale d'autrefois s'est substitué un réseau complexe de pressions et de dépendances; la structure même de la société anonyme devient un système d'échanges.

Comme le plus souvent, la loi française n'a pas elle-même exprimé la théorie d'ensemble de ces règles nouvelles. La jurisprudence a dû dégager deux principes pour tenter de résoudre les problèmes de répartition des fonctions. Le célèbre arrêt Motte affirme ainsi la hiérarchie des organes et leur spécialisation (1).

La hiérarchie des organes permet de maintenir la traditionnelle souveraineté de l'assemblée des actionnaires. Mais la spécialisation oblige à admettre l'aspect fonctionnel des divers organes, qui constitue une très sérieuse limite à la hiérarchie. Au vrai, les deux principes sont, à beaucoup d'égards, contradictoires. Mais cette contradiction permet de faire face à certaines insuffisances...

66. — La société anonyme à directoire peut, elle aussi, être placée sous l'invocation de ces principes (2). Mais elle penche, davantage que le type classique, vers la spécialisation des organes. Toute sa structure repose en effet sur une distinction rigoureuse des fonctions légalement définies. Dans le droit de 1966, c'est certainement la distinction entre la gestion et le contrôle qui démarque le mieux les deux types de sociétés anonymes.

Cette répartition a paru séduisante à la doctrine, peut-être lasse d'approfondir le couple administration-direction (3) dans le but de départager le conseil d'administration et son président. Car cette tâche était difficile, voire impossible : la différence n'apparaît clairement ni dans les faits, ni dans le langage, et les règles relatives aux rapports juridiques du conseil d'administration avec son président ne permettent pas de se faire une idée univoque de la hiérarchie et de la spécialisation entre eux deux. Les différents auteurs ont toujours été obligés de se référer non aux textes, mais à la pratique des textes pour étayer leurs opinions, d'ailleurs divergentes.

Le moins étonnant n'est pas que, malgré cette ambiguïté, le système classique fonctionne. Raison pour laquelle, peut-être, le législateur de 1966 et 1967

(1) Cass. 4 juin 1946, *J. Soc.* 1946, 374; *S.* 1947, 1, 153, n. Barbry; *J.C.P.* 1947, II, 3518, n. Bastian.

(2) V. D. Bastian, J.C.P. 1968, I, 2183, n° 468.

(3) V. Escarra et Rault, t. IV, n° 1510, p. 213; Hamel et Lagarde, t. I, n°s 650 et 653, p. 775 et 778; Ripert, *Traité élémentaire*, éd. 1959, n°s 1169 et s.; J. Noirel, La société anonyme devant la jurisprudence moderne, th. Paris, 1958, n°s 362 et s.; C.-J. Berr, *L'exercice du pouvoir dans les sociétés commerciales*, B.D.C. n° 3, n°s 106 et s.; G. Brière de L'Isle, *Encycl. Dalloz*, v° *Président-Directeur général*. A. Tunc, *D.* 1952, chr. 73.

a cru bon de donner au conseil d'administration et à son président les mêmes pouvoirs, mais séparément (4) ! Le pragmatisme des hommes d'affaires ne semble pas gêné, mais il n'est pas sûr que cela contribue à l'adéquation du droit et des faits, souhaitable (mais dans une certaine mesure, impossible) dans une matière où abondent les dispositions impératives d'intérêt général.

Le rapport Sudreau déplore cette situation, car elle concentre les pouvoirs entre les mains du président, condamnant le conseil à un rôle effacé (5). Il souhaite donc amener clairement la société de type classique vers une structure dualiste (6) : le président cesserait de représenter la société et serait le « permanent du conseil », chargé de la « liaison » avec la direction générale désormais occupée par d'autres que lui.

Nouvelle en partie, cette proposition reprend le mode de répartition entre la direction et l'administration. Certes, le rôle de président échapperait à une certaine équivoque (pour en retrouver une autre, moins grave), mais les termes de la dualité ne sont pas clairement définis : les ambiguïtés du passé se retrouveront entre le conseil et la direction générale.

67. — Cette réforme envisagée maintiendrait donc intact l'attrait de la société à directoire, qui se fonde sur la répartition claire et logique, du moins dans l'abstrait, entre la direction de la société et le contrôle de cette direction. Son apparition en droit français coïncide avec le notable succès des idées développées en 1963 par M. F. Bloch-Lainé dans son livre *Pour une réforme de l'entreprise*. On a d'ailleurs mis en lumière (7) la part qui revient à cette personnalité dans l'élaboration de l'amendement Capitant-Le Douarec. Technicisation et fonctionnalisation de la gestion, autonomie et unité de la direction, pluralité du contrôle désormais clairement séparé de la gestion, telles étaient, parmi les idées maîtresses de ce courant de pensée, celles qui ont influencé le plus la société de type nouveau.

Mais il faut dire que tous ces thèmes avaient déjà pu être éprouvés, depuis de longues années, par le droit allemand de la société par actions (Aktiengesellschaft) (8), qui distingue la gestion par le Vorstand et le contrôle par l'Aufsichtsrat. Il est intéressant de noter que cette répartition est apparue dans une législation très directement inspirée par la loi française du 24 juillet 1867. C'est dire qu'elle représentait déjà en 1897 un progrès logique par rapport à la distinction entre l'administrateur délégué et le conseil d'administration. La survivance de la formule allemande, très opportunément rappelée par M. R. Sinay (9), avait même fait espérer aux Alsaciens-Lorrains que le droit français évoluerait dans ce sens au cours des années 20.

C'est une tendance différente qui l'a emporté, malgré la faiblesse de ses arguments (10). Mais il reste curieux qu'en 1940 et 1943, le législateur français, qui prenait sérieusement en considération le droit allemand (11), ait réussi à produire la distinction direction-administration...

(4) V. R. Badinter, Les pouvoirs du P.D.G. dans la société anonyme de type classique après la réforme des sociétés commerciales, *D.* 1969, Chron. p. 185.
(5) P. 108.
(6) P. 111.
(7) V. Hémard, Terré et Mabilat, t. I, p. 921, n° 1044.
(8) M. J.-J. Caussain repère les premières traces de la distinction gestion-contrôle au XVII^e siècle en Hollande. Le directoire et le conseil de surveillance de la nouvelle société anonyme, th. Paris, 1968, p. 8.
(9) R. Sinay, La société anonyme de type nouveau du projet de loi français sur les sociétés commerciales, *Gaz. Pal.* 1966, 1, Doctr. p. 50.
(10) V. Bourcart, La direction des sociétés par actions (observations sur le droit allemand comparé au droit français), *J. Soc.* 1922, p. 289.
(11) V. sur ce point Escarra et Rault, t. IV, n° 1500, p. 201.

Certes, un intérêt nouveau ajoutait en 1966 à la séduction du « modèle germanique » : isoler le contrôle permet de « préparer la réforme de l'entreprise ». Mais cette aspiration, chère à René Capitant, n'est qu'une virtualité, logique mais non nécessaire, de la nouvelle répartition des fonctions. Le Parlement l'a vu en 1966, puisqu'il a consacré la distinction entre la direction et le contrôle et qu'il a refusé toute nouvelle forme de surveillance exercée par les salariés sur la gestion. Le texte finalement adopté montre cependant que cette possibilité pourrait être utilisée dans la mesure où le conseil de surveillance a peu de pouvoirs de décision, comparé à l'Aufsichtsrat (12).

Cet aspect a peut-être échappé, au Sénat, à ceux qui se sont élevés pour obtenir un accroissement des pouvoirs du conseil de surveillance (13). Il s'agissait de diminuer l'autonomie du directoire (en langage parlementaire : « l'influence des managers ») en renforçant la puissance des actionnaires : cela rapprochait le type nouveau du type ancien, ce contre quoi les auteurs de l'amendement ont réagi vigoureusement. Ils ont défendu avec succès les fondements de leur création : les deux organes doivent être complémentaires, la dualité a pour but suprême d'assurer une meilleure direction et un meilleur contrôle. La direction voit grandir son autonomie par ce seul fait que son domaine est plus nettement cerné. Le contrôle devient plus efficace, car les contrôleurs ne sont plus juge et partie. Mieux, la collégialité garantit la pluralité du contrôle, c'est-à-dire, théoriquement, une plus grande objectivité à l'égard des gestionnaires, car elle amoindrit l'influence négative des actionnaires majoritaires ou minoritaires (14).

Grâce à la séparation, il devient possible de distinguer capitalistes et « managers » (15) (ce qui n'est pas sans avantage lors d'une prise de participation, notamment par un groupe étranger), et de sérier les responsabilités. Un nouveau pas est fait vers la fonctionnalisation de la propriété économique.

Onze ans plus tard, l'apparition de la cosurveillance ne pourrait que renforcer la distinction des fonctions, même si elle s'accompagnait d'une certaine redistribution. Le mode fondamental de structuration reste le même, encore faut-il savoir dans quel sens l'aborder.

68. — Pour certains (16), les textes sont clairs : il existe d'une part des pouvoirs réservés aux assemblées d'actionnaires ou au conseil de surveillance, et d'autre part, les pouvoirs du directoire, qui sont tous les autres. Il faut donc (et il suffit) établir les pouvoirs réservés pour cerner le domaine où le directoire est compétent.

Notre optique est différente, pour trois raisons.

D'abord, elle se veut plus globale, et prend en considération l'ensemble des fonctions de chaque organe et non seulement ses pouvoirs. Deux idées caractérisent la fonction organique : la finalité générale de l'organe et son jeu dans les relations avec les autres organes.

(12) V. R. SINAY, art. préc., ; J. EINMAHL, La réforme du droit des sociétés anonymes en R.F.A., *Rev. Trim. Dr. Com.* 1968, p. 581; DUROUDIER et KULHEWEIN, Caractéristiques essentielles de la réforme allemande de 1965 sur les sociétés par actions, *Gaz. Pal.* 1966, 1, Doctr. p. 106; *La loi allemande sur les sociétés par actions* (Sirey, 1954); W. GARCIN, Aperçu du régime des sociétés de capitaux et des entreprises liées en Allemagne, *Jupiter*, 1967; KARSTEN-SCHMIDT et DURAND, Vorstand, Aufsichtsrat, directoire et conseil de surveillance, *J.C.P.* 1968, éd. C.I., 83447.

(13) V. le rapport Dailly, n° 81 (nov. 1965) et les séances du 14 avril et du 22 avril 1966 (*J.O.*, Déb. Sénat, p. 121 et 250).

(14) Rapport Le Douarec, n° 1368, p. 33 (t. II).

(15) Même ouvrage, p. 36.

(16) *Dictionnaire Joly*, t. II, série A, mots Conseil de surveillance et directoire, n° 71.

Ensuite, le directoire n'a pas une complète compétence résiduaire. Il est limité par sa spécialisation dans la gestion. Et même si cette notion semble très vaste, n'y a-t-il pas aussi concours entre le directoire et l'assemblée des actionnaires dans le domaine général de la gestion ?

Enfin, pour comprendre le contrôle, il faut savoir ce qui est contrôlé. C'est le contrôle qui se greffe sur la gestion et non l'inverse. Les fonctions des organes de contrôle, et tout particulièrement celles du conseil de surveillance, s'analysent comme des influences plus ou moins actives sur le directoire, et l'étroitesse du contrôle est fonction du degré d'autonomie que l'on désire accorder au directoire.

C'est pourquoi il ne suffit pas de poser d'une part la gestion et d'autre part le contrôle de la gestion; il faut encore étudier la relation dynamique qui s'instaure entre les deux organes dans la variété des situations. C'est sans doute ainsi que l'on pourra le mieux éprouver la fiabilité du nouveau couple d'organes, et faire jouer la clé du système de relations instauré par la société anonyme à directoire.

Chapitre premier : Fonctions du directoire;

Chapitre deuxième : Fonctions du conseil de surveillance;

Chapitre troisième : Rapports entre le directoire et le conseil de surveillance.

CHAPITRE PREMIER

FONCTIONS DU DIRECTOIRE

69. — En principe, le directoire est un organe homogène et autonome. N'est-il pas seul à exercer ses fonctions, alors que le conseil d'administration et son président entrent en concurrence ?

Cependant, la puissance du directoire a été atténuée, dans l'esprit du législateur, par ceux qui sont restés attachés au système du président du conseil d'administration. Et le directoire, lorsqu'il n'est pas constitué par un directeur général unique, est affaibli par la répartition que fait la loi elle-même entre les divers membres de l'organe de gestion : les fonctions de représentation sont en principe exercées par le seul président du directoire. Cette atteinte capitale à l'homogénéité du directoire ne peut être que regrettée.

Car le directoire est un organe dont la puissance est nécessaire : en lui s'opère la synthèse active d'intérêts très divers. Au carrefour de la société et de l'entreprise, il assure aussi la jonction entre ces deux ensembles et les tiers. Sur lui s'accumulent les tensions, il est souhaitable qu'il trouve en lui-même l'énergie suffisante pour y faire face.

Cela correspondrait mieux, en tout cas, à la structure choisie par le législateur pour déterminer les fonctions du directoire. Voulant faire un compromis entre l'intérêt des actionnaires et la sécurité des tiers, il distingue entre l'ordre interne (répartition des fonctions à l'intérieur de la société) et l'ordre externe (rapports avec les tiers).

Cette démarche est venue d'Allemagne, avec la société à responsabilité limitée (17). La première directive européenne l'a fait appliquer avec une certaine rigueur à nos sociétés de capitaux (18).

Mais cette distinction doit être relativisée dans ses perspectives actuelles. D'abord, les rapports de la société vis-à-vis des tiers ne passent pas tous par le directoire, et les fonctions reconnues à ce dernier dans l'ordre externe entrent en considération dans son importance vis-à-vis des autres organes.

Ensuite, cette distinction n'intègre pas clairement l'entreprise. Classiquement, celle-ci ne fait pas partie de la société, les salariés ont seulement passé un contrat, individuellement, avec la société. Le parti d'avenir consiste peut-être à intégrer salariés et actionnaires dans la même communauté. C'est en tout cas ce que semble annoncer la « cosurveillance ».

Enfin, la distinction entre les deux ordres, interne et externe, suscite des difficultés au niveau des sanctions. Un même acte va pouvoir apparaître comme valable vis-à-vis des tiers et irrégulier au sein de la société. La nullité totale est à écarter et l'action en responsabilité n'est pas un remède toujours agissant

(17) V. R. Sinay, art. préc., n° 28.
(18) Ord. n° 69-1176 du 20 déc. 1969, première directive du Conseil des communautés européennes du 9 mars 1968, *Rev. Soc.* 1969, 393.

(la caractérisation du préjudice est fort délicate pour de nombreuses fautes s'analysant comme des violations de la loi ou des statuts); notre droit a créé une sanction plus raffinée qui semble convenir, l'inopposabilité. Mais sa mise en œuvre pose de sérieux problèmes, car un acte valable sur le plan externe produit souvent des conséquences nécessaires sur le plan interne.

A ces difficultés d'ordre global, s'ajoutent les problèmes propres au directoire.

Section 1 : Fonctions du directoire dans l'ordre interne;

Section 2 : Fonctions du directoire dans l'ordre externe.

Section 1. — Fonctions du directoire dans l'ordre interne.

70. — Dans l'ordre interne, on retrouve la distinction classique entre la définition générale des fonctions et les attributions spécifiques. Ces dernières ne correspondent pas toujours avec évidence à des applications législatives de la définition générale; ainsi soulignent-elles de façon précieuse certains aspects de la sphère du directoire.

§ 1. — La définition générale des fonctions.

71. — « La société anonyme est dirigée par un directoire », nous dit l'article L. 119, al. 1[er]; cet organe est « investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société », ajoute l'article L. 124, al. 1[er], reprenant une formule usitée dans l'autre type de société anonyme (art. L. 98, al. 1[er], L. 113, al. 2).

Nous sommes en présence d'une définition tellement vaste qu'elle équivaut presque à une absence de définition, du moins positive. En effet, il reste possible de caractériser les fonctions du directoire négativement, par les limites qui sont assignées à sa compétence.

Mais cette démarche nécessaire n'est pas suffisante, il faut d'abord réfléchir sur la notion de direction et les notions voisines.

I. — Définition positive des fonctions du directoire.

72. — Globalement, les fonctions du directoire sont définies en termes de pouvoir : pour « diriger la société » et pour « agir en son nom », il faut au directoire le maximum de pouvoir.

Ce principe suscite immédiatement deux objections. D'abord, il ne montre qu'une face du rôle du directoire, qui est aussi investi de devoirs. Ensuite, il est paradoxal qu'un organe nommé, contrôlé et éventuellement révoqué par d'autres organes soit censé diriger la société.

Il semble plus logique d'admettre que ce sont les « affaires sociales » qui sont « dirigées », surtout si, par affaires sociales, on entend l'activité économique de l'entreprise.

Est-ce à dire, en fin de compte, que le directoire ne fait que « diriger » l'entreprise ? Il serait en quelque sorte la société en tant qu'elle dirige l'entreprise (19).

Il est vrai que le directoire joue le rôle de chef d'entreprise : il commande à l'activité technique et commerciale, et en partie, à l'activité financière : dans ce dernier domaine, il est certes limité par l'assemblée des actionnaires pour certaines décisions, mais le champ de ses possibilités est encore très vaste, il peut émettre des emprunts, des bons de caisse, contracter des crédits, etc. (20). De plus, c'est au directoire que reviennent les attributions sociales, administratives et judiciaires du chef d'entreprise. Notamment, c'est lui qui préside le comité d'entreprise (tâche qui sera en réalité confiée à l'un des membres du directoire ou déléguée à un cadre supérieur).

Mais le rôle du directoire ne s'arrête pas là et il n'est pas possible de le définir, par rapport à la société, comme étant véritablement une direction, à moins de renverser complètement la hiérarchie des organes sociaux.

73. — Dès lors, pourquoi ne pas user du terme, apparemment plus neutre, de « gestion » ?

Le législateur l'a expressément écarté pour le conseil d'administration (loi du 12 juil. 1967, v. art. L. 98) par crainte d'une interprétation restrictive qui opposerait actes de gestion et actes de disposition, et, ironie, pour aligner la rédaction de l'article L. 98 sur celle de l'article L. 124. Cela interdit de dire, par exemple, que le directoire « administre » ou « gère » la société alors qu'il dirige l'entreprise.

De plus, on peut faire valoir, contre le mot gestion, un certain manque de rigueur : les dictionnaires économiques et juridiques ne le définissent pas, c'est dire qu'il est à la fois trop évident et trop imprécis.

Toutefois, le mot direction n'est guère plus précis. On n'hésite pas à parer du titre de directeur des salariés qui n'appartiennent pas au directoire. La discussion terminologique menée au Sénat en 1966 à propos des directeurs généraux est significative à cet égard : ce que les parlementaires ont mis dans cette expression ne correspond pas forcément aux usages en vigueur.

En outre, la conception restrictive de la gestion du législateur n'est pas vraiment à craindre, surtout depuis l'ordonnance du 20 décembre 1969. L'acception large du mot gestion semble d'ailleurs quasi unanime en doctrine, bien que les auteurs ne prennent pas souvent le soin de donner le sens du terme. Ce qui se déduit du contexte dans la plupart des ouvrages est bien exprimé par M. C.-J. Berr, qui parle de « l'ensemble des activités qui visent à faire vivre la société » (21).

Par là, le mot gestion nous semble plus adapté que le mot direction pour qualifier l'activité du directoire. La gestion correspond à l'activité économique de la société (et pas seulement celle de l'entreprise) et elle n'implique pas nécessairement l'entière responsabilité de la conception et de l'exécution. Ainsi, lorsque l'assemblée des actionnaires décide une augmentation de capital, elle fait acte de gestion, que le directoire devra éventuellement exécuter.

(19) Rappr. les conceptions développées par M. J. Paillusseau, La société anonyme, technique d'organisation de l'entreprise, B.D.C., n° 18. V. aussi R. Contin, Le contrôle de la gestion dans les sociétés anonymes, n^{os} 2 et 5.

(20) Hémard, Terré et Mabilat, t. I, n° 1094; t. II, n° 369.

(21) L'exercice du pouvoir dans les sociétés commerciales, p. 47, n° 46.

L'utilité de la « gestion », la plus évidente ici, tient au fait qu'elle est le véritable complément du contrôle, plus que la direction. L'article L. 128, al. 1er, ne l'avoue-t-il pas en énonçant que « le conseil de surveillance exerce le contrôle permanent de la gestion de la société par le directoire » ?

Il serait hasardeux d'en déduire une limitation des pouvoirs de contrôle du conseil à la seule gestion, par opposition à la direction. Il semble bien qu'en réalité le législateur confonde ces deux termes dans le même à-peu-près. Cela n'empêche pas qu'il est préférable, d'un point de vue doctrinal, de parler de gestion et contrôle, pour les distinguer du couple direction-administration.

D'ailleurs, l'approximation revêt ici un aspect positif : elle permet de faire face à l'imprévu. Le directoire dispose en principe, en dehors des prévisions légales et statutaires, d'un territoire illimité pour son initiative et sa créativité. Et l'emploi du terme actif de « direction » souligne le désir d'accorder de l'autonomie au directoire, même si, pour l'essentiel, l'autonomie dépend des limites négatives.

Le directoire ne peut de lui-même limiter ses fonctions. Il ne peut globalement déléguer son pouvoir de gestion sans violer la spécialité des fonctions et les règles de nomination. Mais il peut consentir des délégations particulières. Ainsi lorsqu'un texte l'autorise (exemple : pour la présidence du comité d'entreprise, art. L. 433-1 du Code du Travail); mais aussi lorsque la fonction déléguée ne lui est pas attribuée par un texte particulier, et relève justement du pouvoir général de gestion ou de direction.

II. — Définition négative : les limites aux pouvoirs du directoire.

74. — L'article L. 124 assigne comme limites à l'action du directoire l'objet social et les pouvoirs expressément attribués par la loi au conseil de surveillance et aux assemblées d'actionnaires. Ce texte ne mentionne pas « l'intérêt de l'entreprise et de la société », contrairement à ce que souhaitait l'amendement Capitant - Le Douarec (22).

A. — L'intérêt de l'entreprise et de la société.

75. — Cette formule audacieuse entérinait d'un coup la réponse à deux questions très discutées, celle de l'intérêt social et celle des rapports entre l'entreprise et la société.

Le directoire (alors « comité de direction ») avait pour mission, expliquait le rapport, de « diriger l'entreprise dans l'intérêt de tous les éléments qui la composent, capital, travail et clientèle ». C'était affirmer la fonction sociale de l'entreprise, et l'intégration dans celle-ci du concept de société.

La référence à l'intérêt social avait été proposée à propos du conseil d'administration. Le Sénat, à la demande de M. E. Dailly, repoussa cette innovation en faisant valoir l'imprécision de la notion et les difficultés d'application qu'elle pourrait entraîner, notamment à l'égard des tiers (23).

La mention de l'intérêt de la société fut donc supprimée pour le conseil d'administration, et par voie de conséquence, pour le directoire (24). Aucune

(22) Art. 112-3 du projet de loi (V. rapport 1368 préc.).
(23) *J.O.*, Déb. Sénat, 20 avril 1966, p. 212.
(24) Amendement n° 82, *J.O.*, Déb. Ass. Nat., 8 juin 1965, p. 1868.

distinction ne fut faite comme pour le gérant des sociétés de personnes dont les pouvoirs sont limités, dans l'ordre interne seulement, par l'intérêt de la société (art. L. 13).

Il est évident que l'emploi de ces notions était prématuré en 1966, dans la mesure où l'on n'avait pas cherché à saisir l'importance de leur retentissement. Elles ne pouvaient entrer aussi subrepticement dans le droit écrit, surtout à une place aussi essentielle. A s'en tenir aux textes, l'intérêt social ne peut intervenir qu'à propos du délit d'abus des biens ou du crédit de la société (art. L. 437, 3° et 4°).

Malgré cette disgrâce législative, la jurisprudence, aiguillonnée par une partie de la doctrine (25), continue dans certaines hypothèses à se servir de l'intérêt social pour apprécier la gestion de la société anonyme.

Cette démarche s'explique au niveau de l'assemblée (pour la constitution de réserves facultatives, la nomination d'un expert de minorité ou d'un mandataire *ad hoc* ou le vote du séquestre) (26), lorsque la majorité abuse de son pouvoir pour opprimer économiquement la minorité. Mais la considération de l'intérêt général de la société n'intervient pas plus alors que la rupture d'égalité entre les actionnaires (27).

De même, l'intérêt social n'intervient que partiellement dans les hypothèses d'administration provisoire (28), et lorsqu'il s'agit d'apprécier la justesse du motif de révocation des membres du directoire (29), ou le caractère fautif de leur gestion.

L'emploi généralisé de l'intérêt social comme critère de validité des actes du directoire ne semble donc pas pouvoir s'accorder avec les données jurisprudentielles actuelles (30), même si l'on peut noter une certaine extension de la notion. *De lege ferenda*, il s'agit d'un problème très complexe qui touche aux fondements mêmes de la société anonyme (31).

Le terrain semble plus sûr, s'agissant de l'objet social.

B. — L'objet social.

76. — Consacrée par les textes, la notion d'objet social bénéficie de la précision due à son formalisme. Pour la doctrine, l'objet social est « l'entreprise pour laquelle le contrat (de société) se constitue » (32). Il est évident qu'il faut s'en tenir à l'objet social décrit par les statuts, ainsi que l'impose l'article L. 2,

(25) V. notamment J. Paillusseau, ouvrage préc., p. 173; R. Contin, Le contrôle de la gestion des sociétés anonymes, th. Rennes, 1973.

(26) V. J. Schapira, L'intérêt social et le fonctionnement de la société anonyme, *Rev. Trim. Dr. Com.* 1972, p. 957, et les références citées. V. récemment Com. 29 mai 1972, *J.C.P.* 1973, II, 17337, n. Y. Guyon; — Com. 22 avril 1976, *D.* 1977, p. 4, n. J.-C. Bousquet; *Rev. Soc.* 1976, p. 479, n. D. Schmidt; *Rev. Jur. Com.* 1977, 93, n. Ph. Merle; Paris, 3e ch., 23 févr. 1976, *Gaz. Pal.* 15-16 sept. 1976, n. A.P.S. Aj. Heymann, La sanction de l'abus de droit après la réforme du droit des sociétés, *Gaz. Pal.* 1971, 1, Doctr. 41.

(27) D. Schmidt, note préc. et sa thèse, Les droits de la minorité dans la société anonyme, nos 191 et s., p. 141 et s.; J.-C. Bousquet, note préc.; Hémard, Terré et Mabilat, t. II, n° 388. Comp. R. Trouillat, L'abus du droit de la majorité dans les sociétés commerciales, *Rev. Jur. Com.* 1977, p. 1, spé. p. 11; M. Germain, L'abus du droit de majorité, à propos de l'arrêt du 22 avril 1976, *Gaz. Pal.* 25-26 mars 1977.

(28) V. Y. Guyon, *J.-Cl. Sociétés*, fasc. 133-E, n° 1. Comp. A. Chassagnon et P. Desmottes, *Encycl. Dalloz Sociétés*, v° Administrateur provisoire, n° 4; R. Contin, th. préc.

(29) V. *infra*, nos 389 et s.

(30) Comp. J. Paillusseau, ouvrage préc., p. 200.

(31) V. *infra*, nos 226 et s.

(32) R. Rodière, *Groupements commerciaux*, 7e éd., n° 28, p. 40; J. Paillusseau, *op. cit.*, p. 162; P. Cordonnier, L'objet social, *D.* 1952, p. 171.

sans quoi, il ne pourrait remplir son office : limiter la compétence du directoire (et des organes de gestion dans les autres sociétés).

Pour l'essentiel, la conformité à l'objet social ne dépend pas d'un jugement d'opportunité, à la différence de l'intérêt social, mais d'un repérage du terrain sur lequel s'exerce la gestion. Toutefois, des difficultés peuvent s'élever pour certains actes par lesquels les dirigeants sociaux disposeraient des biens de production de la société : l'objet social ne pourrait plus être réalisé après de tels actes. La jurisprudence n'a pas hésité à se placer sur le terrain de l'opportunité économique (33) pour estimer la régularité de ces actes, mais on ne peut prêter à ces cas limites une importance excessive : en dehors d'eux, la conformité à l'objet social s'apprécie uniquement sur le mode juridique (34).

La définition de l'objet social semble conférer aux actionnaires un pouvoir intéressant sur les organes de gestion. Toutefois, ce pouvoir est délicat à manier. Car il détermine à la fois le champ d'activité du directoire et celui de la société. Nous sommes loin d'une délégation, et cela fait bien ressortir l'aspect fonctionnel du directoire (35). Dès lors, il convient de ne pas se priver par un objet trop restreint de possibilités d'adaptation à la réalité économique. Les actionnaires ont le plus souvent intérêt à définir l'objet social le plus vaste.

Les limitations les plus fréquentes à l'activité du directoire sont donc, dans l'ordre interne, les pouvoirs des autres organes de la société.

C. — Les pouvoirs légaux du conseil de surveillance et de l'assemblée des actionnaires.

77. — Cette dernière limite à la compétence du directoire n'a pas de réciproque : à propos du conseil, la loi ne réserve que les pouvoirs de l'assemblée, et celle-ci ne souffre pas de telle réserve. L'on est porté à y voir un effet de la hiérarchie des organes et une affirmation de la généralité des pouvoirs de l'assemblée des actionnaires.

Pourtant, une autre interprétation est possible, qui n'annule pas toute hiérarchie des organes, mais qui en limite la portée. En effet, la spécialisation du directoire dans la gestion fait que, pour tous les actes de gestion attribués à d'autres organes, il faut une réserve particulière. Mais il n'est nullement nécessaire de réserver la compétence du directoire par rapport à des organes qui sont essentiellement chargés du contrôle. La hiérarchie des organes résulte plutôt de la comparaison des attributions et du système nomination-révocation. Le directoire est pleinement compétent pour la gestion, sauf attribution au conseil ou à l'assemblée : mais ce principe lui-même connaît quelques exceptions.

D'abord, le directoire peut être rendu compétent par une délégation, mais seulement lorsque la loi l'autorise (v. section 2). Ensuite, il n'y a pas d'empiètement logiquement possible dans certaines hypothèses : ainsi le directoire ne peut pas se « contrôler » lui-même, remplaçant en cela le conseil de surveillance. Enfin, certains dépassements sont licites par insuffisance de la loi : c'est le cas lorsque les statuts n'ont pas suffisamment déterminé les conditions de délibération du directoire, qui les élabore lui-même.

Dans les autres cas, les pouvoirs réservés offrent logiquement la possibilité d'un empiètement, parfois spécialement visé par un texte, en l'occurrence inutile

(33) Ex. : Paris 14 mai 1957, *Gaz. Pal.* 1967, 2, 15; appel de T. Civ. Seine 3 mai 1956, *Gaz. Pal.* 1956, 2, 93.
(34) V. T. Com. Seine 27 déc. 1957, *Gaz. Pal.* 1958, 1, p. 219, n° 16.
(35) J. Paillusseau, *op. cit.*, p. 165.

(exemple : art. L. 180, dernier alinéa). La sanction ne peut être que la nullité de l'acte passé par le directoire outrepassant ses fonctions.

Mais qu'en est-il des attributions faites par le décret d'application ? Elles sont protégées dans la mesure où elles sont réellement le prolongement des règles légales, et cela doit être admis sans difficultés. Par exemple, il ne serait pas permis au directoire de coopter ses propres membres non seulement en vertu de l'article D. 97, mais aussi de l'article L. 120.

78. — Quant aux pouvoirs conférés aux autres organes par les statuts, il est indéniable qu'ils peuvent venir amoindrir la position du directoire dans l'ordre interne.

Certes, il s'agit là d'une atteinte considérable à la répartition légale des pouvoirs. Et l'on aurait pu penser que la seule limite acceptable correspondait aux autorisations statutaires du conseil de surveillance (art. L. 126, al. 2).

Mais on ne peut ainsi effacer l'article L. 124, dans son alinéa 3 : « Les dispositions des statuts limitant les pouvoirs du directoire sont inopposables aux tiers. » Cela montre bien qu'il existe une catégorie beaucoup plus vaste que les seules autorisations de l'article L. 126.

Les autres limitations peuvent prendre la forme d'une interdiction statutaire d'accomplir certains actes, d'une autorisation de l'assemblée générale (36) (qui passe alors « par-dessus » le conseil de surveillance) ou d'un transfert de compétence au conseil de surveillance. Encore faudrait-il que ce dernier ne soit pas chargé de décisions de gestion proprement dite, car l'on se trouverait devant une violation du principe de base, la distinction gestion-contrôle (v. chapitre 3, Rapports entre le directoire et le conseil de surveillance).

Enfin, l'article L. 148 limite les pouvoirs du directoire en lui interdisant de passer certaines opérations financières avec ses propres membres ou des membres du conseil de surveillance. Mais il s'agit déjà, négativement, d'une définition ponctuelle.

§ 2. — Fonctions du directoire définies ponctuellement.

79. — De nombreux textes attribuent au directoire *in globo* des fonctions apparemment fort diverses, mais qui permettent de se faire une idée juste de sa place dans la société; animer, informer, rendre compte, exécuter, ces tâches comprennent aussi bien des facultés que des obligations. Elles mettent en valeur l'étendue de la collégialité du directoire, puisque très peu de ces fonctions internes peuvent être exercées individuellement par les membres du directoire (certifier les copies et extraits de procès-verbal des assemblées d'actionnaires, art. D. 151; convoquer le conseil de surveillance, art. D. 107).

Le rôle du directoire est souvent identique à celui qu'assume le conseil d'administration dans le fonctionnement de la société anonyme. Mais le domaine du directoire peut être utilement précisé dans la mesure où l'on a une conception dynamique des rapports entre les organes de la société.

I. — Fonctionnement des autres organes;

II. — Disponibilité au contrôle.

(36) HÉMARD, TERRÉ et MABILAT, t. I, n° 1100, p. 967.

I. — Fonctionnement des autres organes.

80. — Au directoire revient le plus souvent l'initiative dans le fonctionnement des assemblées générales des actionnaires. C'est lui, normalement, qui les convoque (art. L. 158). Il doit convoquer l'assemblée générale ordinaire dans un délai de six mois à dater de la clôture de l'exercice (art. L. 157, al. 1er) et seul il peut demander une prorogation de ce délai (art. D. 121). Il a aussi la faculté de convoquer l'assemblée lorsque le conseil de surveillance lui a refusé une autorisation (art. D. 100). Il en a encore le devoir lorsque le nombre des membres du conseil de surveillance est devenu inférieur au minimum légal (art. L. 137, al. 2) ou lorsque l'actif net de la société devient inférieur au quart du capital social (art. L. 241).

L'initiative revient aussi au directoire dans la fixation de l'ordre du jour (lorsqu'il convoque lui-même, art. L. 160) et par l'établissement de projets de résolution.

Seul il reçoit les projets de résolution présentés par les actionnaires (art. D. 128 et s.) et les inscrit à l'ordre du jour (art. D. 131). La première de ces tâches est remplie, dans la société de type classique, par le président du conseil d'administration : on n'a pas toujours cherché à diviser (au moins pour le détail !) les fonctions à l'intérieur du directoire en reprenant les clivages de la société de type classique.

Le directoire n'a pas le même rôle moteur vis-à-vis du conseil de surveillance. Il n'a qu'un droit subsidiaire de convocation (art. D. 107). De plus, ce droit n'est que facultativement collégial puisqu'un membre au moins du directoire en dispose. Cela ne renforce pas l'autonomie et la cohésion du directoire, mais permet au contraire d'attirer l'attention du contrôle sur les divergences au sein de l'équipe de gestion.

II. — Disponibilité au contrôle.

81. — Prolongement logique du droit de convoquer, la fonction d'information du directoire présente deux faces inséparables : devoir vis-à-vis des organes de contrôle, elle lui confère aussi l'initiative, la création dans les affaires qui font la vie de la société.

D'abord, le directoire est chargé de présenter toute une série de rapports sur la gestion en général ou sur telle opération comptable ou financière.

Cette obligation implique d'ailleurs la présence des membres du directoire à l'assemblée, même s'ils ne sont pas actionnaires.

Le plus important de tous les rapports légaux est sans conteste le rapport général de fin d'exercice. Nécessairement écrit (art. L. 340), il doit exposer « de manière claire et précise » l'activité de la société et de ses filiales (art. L. 356, al. 2) pendant l'exercice écoulé, « les progrès réalisés ou les difficultés rencontrées et les perspectives d'avenir » (art. D. 148).

Le directoire rend compte de sa gestion en lisant (37) son rapport à l'assemblée générale ordinaire (art. L. 157, al. 2). Pareille formalité ne lui est

(37) Il est projeté de supprimer la lecture du rapport, la communication suffisant le plus souvent. L'article 16 du projet n° 2510 du 12 juillet 1976 propose de remplacer l'expression « après lecture de son rapport » dans l'article L. 157 par l'expression « après présentation, éventuellement résumée, de son rapport ».

pas imposée pour le rapport qu'il doit « présenter » tous les trimestres au conseil de surveillance, et dont le contenu dépend étroitement de la nature du contrôle exercé par le conseil (v. chapitre 2).

A l'assemblée générale, le directoire doit présenter un aperçu comptable des affaires de la société et de ses filiales (art. L. 157, al. 2, L. 357 et D. 148 : il doit présenter un tableau qui fait apparaître les résultats de la société au cours des cinq derniers exercices). Il doit dresser lui-même l'inventaire, le compte d'exploitation générale, le compte de pertes et profits et le bilan, pour les présenter à l'examen des actionnaires; faute de quoi ses membres encourent les peines prévues à l'article L. 441.

Le directoire a le pouvoir de faire modifier les règles comptables en faisant un rapport en ce sens à l'assemblée générale qui en décidera (art. L. 341, al. 2). Cette initiative en matière comptable fait que, logiquement, le directoire doit collaborer avec les commissaires aux comptes. Il doit les convoquer à sa propre séance où il clôt les comptes de l'exercice (38), ainsi qu'à toutes les assemblées d'actionnaires (art. L. 231). Il est tenu de répondre à toutes leurs demandes de renseignements, et de leur fournir lui-même les documents légaux, sous peine de commettre le délit d'entrave aux fonctions des commissaires aux comptes (art. L. 458) (39).

Réciproquement, les commissaires éventuellement certifient la régularité des comptes (art. L. 228) et portent à la connaissance du directoire le résultat de leurs études, lui proposant des modifications et des conclusions sur la manière dont sont tenus les comptes et évoluent les résultats (art. L. 230). Enfin, le directoire reçoit le rapport de l'expert de minorité (art. L. 226).

L'importance des comptes dans la gestion explique aussi bien ces fonctions du directoire que la disponibilité au contrôle. On retrouve cette ambivalence en matière financière, où le directoire est investi d'un degré comparable d'initiative et d'un important devoir d'information.

82. — Malgré sa composition, le directoire joue un rôle moteur dans les modifications du capital et les autres opérations financières réglementées par le droit des sociétés. Une telle compétence sied naturellement au conseil d'administration composé uniquement d'actionnaires. On l'a reportée entièrement sur le directoire, sans aucun doute parce que le financement est avant tout affaire de gestion. Cela doit nous éclairer sur les tendances profondes de la société anonyme à directoire, car il s'agit là, certes indirectement, d'une atteinte au pouvoir des détenteurs du capital social.

Dans ce cadre apparaît le lourd formalisme de la société anonyme, qui vient défendre en quelque sorte les aspirations présumées des actionnaires.

Le directoire est en effet chargé de présenter un rapport sur certaines opérations, qu'il propose lui-même dans la grande majorité des cas : rapports sur l'augmentation de capital (art. L. 180, al. 1er, et D. 154), sur la suppression du droit préférentiel de souscription (art. L. 186, al. 1er, et D. 155), sur l'option de souscription d'actions (art. L. 208-1 et L. 208-10, D. 174-19, 174-24 et s.), sur l'émission d'obligations convertibles (art. L. 195 et L. 197, al. 3, D. 170), d'obligations échangeables (art. L. 201 et D. 174-7 *bis*), communication du projet de fusion (art. D. 256)...

(38) Sur la sanction de cette obligation, v. Rép. Min. Just. à M. Braconnier, *J.O.*, Déb. Sénat, 12 mai 1976, p. 989; *Rev. Soc.* 1976, p. 561.

(39) Pour un président de conseil d'administration, v. Rennes 30 sept. 1974, *Rev. Soc.* 1976, p. 521, n. P. Mabilat.

Le directoire ne peut en aucun cas décider à lui seul ces opérations, mais souvent l'assemblée lui délègue le pouvoir de les exécuter. Fréquemment, elle peut lui laisser une certaines marge de manœuvre dans la fixation des modalités (exemples, art. L. 208-1, al. 2, L. 208-18 relatifs aux stocks options (40), art. L. 180, al. 3, en matière d'augmentation de capital, art. L. 347-1, D. 245-1 et D. 246 pour la mise en paiement des dividendes). Parfois, il lui est délégué le pouvoir de décider seul de l'opération (41) (émission d'obligations simples, art. L. 287; fixation de la date de libération du capital, art. L. 75, al. 2).

Dans d'autres cas, le directoire n'a aucune marge de manœuvre : ainsi lorsqu'il constate les augmentations de capital (art. L. 180, al. 3, L. 196-1, L. 208-2) quand il adapte matériellement les clauses des statuts (art. L. 214) ou lorsqu'il dresse procès-verbal d'une opération (art. L. 215, dernier alinéa).

Certaines tâches influent sur le sort des actionnaires. Ainsi, le directoire est chargé de répartir le solde de l'augmentation de capital (art. L. 185), d'acheter les propres actions de la société en cas de réduction du capital non motivée par des pertes (art. L. 217), de faire acquérir les actions de la société en cas de refus d'agrément (art. L. 275 et 276)...

Mais le directoire a surtout des devoirs vis-à-vis des actionnaires. Il lui incombe de mettre à leur disposition toute une série de documents qui rendront plus efficace leur participation aux assemblées (art. L. 162, al. 1er). Ce devoir d'informer les actionnaires est d'ailleurs sanctionné pénalement (art. L. 445 et 464).

La situation des obligataires est moins forte : si le directoire a le droit de convoquer la masse (concurremment avec le représentant légal de celle-ci, art. L. 305), il a surtout le pouvoir de passer outre aux décisions de l'assemblée générale extraordinaire (art. L. 321 et 321-1, D. 234 et 234-1). Mais les obligataires sont alors traités suivant les dispositions légales.

83. — Globalement, vis-à-vis des actionnaires et de leurs assemblées on peut énoncer à la charge du directoire une obligation d'information sur toutes les questions importantes de la vie sociale. Même lorsque la loi ne l'impose pas, même si les statuts n'ont pas relayé la loi. Ainsi peut-on exiger, par exemple, un rapport du directoire sur toutes les modifications des statuts.

Il importe enfin que le directoire soit « personnellement » contrôlable. Les textes ne prévoient que deux cas où il peut déléguer les fonctions particulières dont il est investi dans l'ordre interne : on peut penser qu'il s'agit d'exceptions, et que la délégation est interdite en dehors d'elles, qui se situent d'ailleurs à la limite des domaines externe et interne (information des actionnaires, art. D. 162; octroi de sûreté aux obligataires, art. L. 326 et 329).

Cette situation est normale, car il s'agit du fonctionnement coordonné des différents éléments de la société; ils doivent être en rapport direct avec le directoire, tout le directoire. C'est le cas même lorsque l'attribution particulière est exercée par un seul membre en vertu de la répartition des tâches, car sa décision est en réalité celle du directoire en entier.

84. — En définitive, les fonctions ponctuelles du directoire revêtent une grande diversité. Dans l'esprit des textes, elles constituent à la fois des actes d'obéissance et d'initiative.

(40) V. Rép. Min. Trav. à M. Cousté, *J.O.*, Déb. Ass. Nat., 23 juin 1976, p. 4519; *Rev. Soc.* 1976, p. 558.

(41) V. J. Di Vittorio, La délégation de pouvoirs au conseil d'administration pour l'émission d'emprunts obligataires, *Bul. Inf. Soc.* 1976, p. 347.

C'est suivant la structure du capital social que se préciseront les traits véritables du directoire. Dans beaucoup de petites sociétés anonymes, il apparaîtra plutôt comme un organe d'exécution, car ses initiatives sont étroitement canalisées par les textes et contrôlées par les autres organes. De plus, les limites statutaires internes nous rapprochent de la technique du mandat.

Dans les grandes sociétés à capital dispersé, on assistera plutôt à une affirmation de l'autonomie du directoire, appelé à prendre effectivement le gouvernement des affaires sociales, car il sera la seule instance apte à assumer cette tâche.

On peut trouver confirmation dans les règles concernant l'ordre externe que cette deuxième silhouette du directoire est celle qui, globalement, lui convient le mieux.

Section 2. — **Fonctions du directoire dans l'ordre externe.**

85. — Les rapports de la société avec les tiers sont régis par un système qui n'échappe à la complexité que dans l'hypothèse du directeur général unique (art. L. 120, al. 2). L'article L. 124, al. 2, nous indique en effet que le directoire dispose, dans l'ordre externe, de pouvoirs beaucoup moins étroitement limités que dans l'ordre interne.

Mais l'article L. 126 confie le pouvoir de représenter la société à d'autres que le directoire *in globo*.

La conciliation de ces textes est beaucoup moins évidente qu'il n'y paraît. Pour la tenter, il faut d'abord déterminer qui représente la société et approfondir ensuite la distinction faite par ces deux textes entre la direction et la représentation.

§ 1. — Qui représente la société ?

86. — En principe seul le président du directoire (ou le directeur général unique) représente la société : un seul homme dispose de la signature sociale, tout est clair pour les tiers.

Mais la situation s'assombrit si l'on observe que « les statuts peuvent habiliter le conseil de surveillance à attribuer le même pouvoir de représentation à un ou plusieurs membres du directoire, qui portent alors le titre de directeur général » (art. L. 126, al. 2).

Le « même » pouvoir de représentation : cette expression indique, d'une part, que la représentation plurale est en principe égalitaire et, d'autre part, que le monopole du conseil de surveillance en la matière est limité.

En effet, les termes de l'article L. 126 montrent que le conseil ne peut attribuer le pouvoir de représentation qu'en totalité, et non en partie, et chaque directeur général dispose sans restriction du pouvoir de représentation, concurremment avec les autres directeurs généraux et le président du directoire.

Ainsi affirmé, le principe de l'égalité dans la représentation souffre quand même quelques exceptions. En effet, l'article L. 120 rend obligatoire l'existence d'un président du directoire. L'article L. 126 ne déroge pas à l'article L. 120; une

réponse ministérielle (42) invoque dans ce sens la sécurité des tiers, qui sont fondés à croire en l'existence du président, et elle approuve le greffier qui n'immatricule pas une société représentée par trois directeurs généraux sans qu'aucun ne soit président.

En outre, certaines tâches spécifiques de représentation sont réservées au président du directoire, notamment la représentation de la société dans certaines instances judiciaires : pour la désignation d'un commissaire aux apports (art. L. 193, al. 1er), d'un commissaire aux comptes (art. L. 224, dernier alinéa), pour la convocation de l'assemblée en cas de désaccord des commissaires aux comptes (art. D. 194, al. 3), pour la nomination d'un expert de minorité (art. D. 195).

Ce particularisme reconnu au président ne correspond à rien de nécessaire; il nuit à l'égalité dans le directoire et rappelle fâcheusement le conseil d'administration : or, rien, dans la société de type nouveau, ne donne au président la direction et la responsabilité du travail des autres membres du directoire.

Et le principe d'égalité signifie aussi qu'aucune règle comparable à celle de l'article L. 49 (droit de veto des gérants de S.A.R.L.) n'existe et ne peut exister au profit du président du directoire ou de chaque directeur général : tout acte d'un représentant social prend sa source dans le directoire tout entier et engage la société.

De plus, si la délégation totale du pouvoir de représentation ne peut être concédée que par le conseil de surveillance aux membres du directoire ou à certains d'entre eux, la délégation partielle ne relève pas du même organe et peut profiter à un membre du directoire qui n'est pas directeur général, à un tiers ou même à un membre du conseil de surveillance. Certains textes le montrent bien, en dehors de l'article L. 126, qui emploient des expressions comme « le représentant du directoire » (exemples : art. L. 326 et 329) ou « le directoire et son mandataire » (exemple : art. L. 192). S'ils avaient voulu se limiter au président et aux directeurs généraux, ils auraient parlé de représentant de la société.

Mais le problème se pose de savoir qui, si ce n'est pas le conseil de surveillance, pourra décider une délégation partielle des fonctions de représentation. Ce problème est celui de la situation du pouvoir de décision dans les actes qui engagent la société vis-à-vis des tiers.

§ 2. — Représentation et décision.

87. — En principe, c'est le directoire qui, collégialement, dispose de tous les pouvoirs pour engager la société (art. L. 124). Il s'agit là de la face externe des fonctions de gestion. Certes, économiquement, la gestion interne de la société est inséparable de ses rapports avec les fournisseurs, les clients, le fisc, etc. Mais, juridiquement, les frontières sont différentes. Après avoir fait respecter les droits des actionnaires, il s'agit essentiellement de protéger les tiers.

Le législateur moderne entend assurer au mieux cet impératif. Il a fait, pour cela, disparaître presque totalement les limites classiques des pouvoirs des organes de gestion vis-à-vis des tiers.

C'est pourquoi l'on peut s'étonner du manque de soin avec lequel ont été rédigés les textes relatifs au directoire : les progrès récents sont chez lui obérés

(42) Rép. Min. Just. à M. Crépeau, *J.O.*, Déb. Ass. Nat., 8 mai 1975, p. 2498; *Rev. Soc.* 1975, 543.

par l'apparition d'une nouvelle limite, due à la non-collégialité de la représentation.

I. — Disparition des limites classiques au pouvoir de décision vis-à-vis des tiers.

88. — Cette disparition n'est pas totale, mais les principes sont devenus exceptions.

Ainsi, l'objet social ne constitue plus, depuis l'ordonnance du 20 décembre 1969 (43), une limite à l'action du directoire dans l'ordre externe, sauf dans un cas : il faut établir que les tiers concernés connaissent l'objet social. Mais la publication réglementaire des statuts ne suffit plus à constituer les tiers de mauvaise foi.

Autres limites, les pouvoirs légaux des autres organes peuvent rarement servir à attaquer la régularité d'actes passés avec les tiers. Ainsi, lorsque des tiers ont participé à une augmentation de capital manigancée par le seul directoire.

L'évolution récente de l'un des pouvoirs réservés au conseil de surveillance illustre parfaitement les préoccupations du législateur. Il s'agit des cautions, avals et garanties.

En effet, les tiers doivent savoir que ces opérations, lorsqu'elles ne sont pas interdites (art. L. 148), font l'objet d'une autorisation du conseil de surveillance, qui leur est opposable, car il s'agit d'un pouvoir réservé par la loi. Mais ils ne sont pas toujours en mesure de connaître les limites déterminées par le conseil en application de l'article D. 113. Ces limites portent sur un montant global maximum pour un ensemble d'opérations, et, éventuellement, sur un montant maximum pour chaque opération en particulier.

Or, « le dépassement ne peut être opposé aux tiers qui n'en ont pas eu connaissance, à moins que le montant de l'engagement invoqué n'excède, à lui seul, l'une des limites » ainsi fixées.

Certes, le conseil va avoir intérêt à utiliser le deuxième type de limites. Mais le recul des règles posées par la société elle-même est significatif.

D'ailleurs, le domaine des autorisations opposables aux tiers est très restreint, il n'englobe que les autorisations prévues par la loi, et non celles que stipulent les statuts (art. L. 128, al. 2; L. 124, al. 3).

En effet, les statuts ne peuvent limiter vis-à-vis des tiers ni les pouvoirs du directoire (art. L. 124, al. 3), ni les pouvoirs de représentation (art. L. 126, al. 3); est-ce à dire que ces derniers pourraient être limités dans l'ordre interne ? La question n'a sans doute pas à être posée, la représentation faisant partie intégrante de l'ordre externe. Mais la distinction entre l'article L. 124 et l'article L. 126 met en lumière l'équivoque du dispositif mis en place par le législateur.

II. — Apparition d'une limite structurelle.

89. — L'homogénéité du directoire disparaît s'agissant de la représentation de la société. On peut même dire que, le plus souvent, les tiers (qui savent, juridi-

(43) V. n. 18; pour un dépassement inopposable aux tiers (par un P.D.G.), v. Paris 30 nov. 1976, *Rev. Soc.* 1977, 688, n. D. Randoux.

quement, qu'ils ont affaire à un directoire), n'ont aucun rapport avec l'équipe de gestion : ils ne connaissent que son président, et, éventuellement, le ou les directeurs généraux ou les mandataires particuliers.

Or, les textes n'envisagent à aucun moment la concession d'une marge de manœuvre au représentant social, quel qu'il soit. Ils se bornent à parler de « représentation » sans définir ce terme, et sans se demander s'il n'y a pas une contradiction à investir le directoire tout entier du pouvoir d'agir vis-à-vis des tiers, tout en réservant à certains membres du directoire seulement la « représentation ».

Comment expliquer la coexistence de la décision et de la représentation ? Peut-on accorder des attributions spécifiques au représentant social ?

Certes, dans l'ordre interne, le président dispose de certaines fonctions particulières (apr exemple, il décide seul du caractère confidentiel des informations données au cours des réunions du directoire, art. L. 149), et les statuts peuvent ajouter à celles que la loi dispose. Mais ces fonctions ne peuvent procéder que d'une nature bien précise, l'animation d'une formation collégiale; sinon le respect de l'égalité entre les membres du directoire n'est plus assuré.

Dans l'ordre externe, le directoire peut consentir à certains de ses membres des délégations particulières (44) : mais, là encore, la collégialité et la généralité des pouvoirs du directoire font obstacle à un usage trop large de cette technique.

Enfin, on ne pourrait pas reprendre non plus la notion d'affaires courantes pour caractériser le domaine du président du directoire : c'est une notion qui concerne non la représentation, mais la direction. Or le président du directoire n'a pas de pouvoirs propres de direction.

Au contraire, il doit, comme les autres représentants de la société, se borner à exécuter les décisions du directoire, auquel il appartient. Et cela, dans tous les secteurs, y compris celui de la représentation, qu'on pourrait croire son domaine réservé (45). Mais « désigner un représentant n'est pas représenter » (46). Pour cette raison, la délégation partielle de représentation doit être décidée par le directoire dans son entier (le conseil étant spécialisé dans la délégation totale).

90. — Mais la distinction entre la décision et la représentation engendre de graves inconvénients, pratiques et théoriques.

Pratiques, car la référence constante à des décisions prises en dehors est un handicap parfois très lourd pour le négociateur.

Théoriques, car elle incite au dépassement de pouvoirs ou à l'abstention, créant des conflits dont la solution ne peut être obtenue sans difficultés pour la société.

C'est qu'en effet, on peut s'interroger sur le sort des actes passés avec les tiers par le représentant social sans la décision ni même l'assentiment du directoire.

Ces actes sont décidés par une personne incompétente, mais ils rentrent dans la « représentation » que le législateur veut sans doute la plus large possible pour assurer la sécurité des tiers.

(44) V. H. Lecompte, Etude de divers problèmes concernant le fonctionnement des sociétés avec directoire, *Mél. Bastian*, t. I, p. 145, spé. p. 150; *J. Soc.* 1973, 263 et s.

(45) Ainsi, René Capitant préconisait, alors qu'il était garde des Sceaux, la délégation des fonctions de représentation par le président du directoire (*J.O.*, Déb. Sénat, 20 nov. 1968, p. 1117). Aj. B. Oppetit, Le représentant permanent d'une personne morale administrateur de société anonyme, *J.C.P.* 1969, I, 2227, n° 14.

(46) Hémard, Terré et Mabilat, t. I, p. 689, n° 803.

Mais alors, pourquoi l'article L. 124, al. 1er et 2, confie-t-il le pouvoir de décision vis-à-vis des tiers au directoire *in globo* ? Pourquoi l'article L 126 n'accompagne-t-il pas la « représentation » d'une certaine marge de décision ?

Il serait extrêmement grave pour la société et les tiers que les actes passés par le représentant social puissent être remis en cause pour non-conformité aux décisions du directoire.

Mais il ne conviendrait pas non plus que le représentant social puisse agir au mépris des volontés de l'organe collégial.

Et le problème se complique encore lorsqu'il existe plusieurs représentants sociaux : ils peuvent exécuter de façon contradictoire la même décision du directoire.

Les nouvelles tendances du droit des sociétés de capitaux, exprimées dans l'ordonnance du 20 décembre 1969, exigent que l'on protège avant tout les tiers; mais elles ne rendent inopposables à ces derniers que les limitations statutaires des pouvoirs des organes de représentation (art. L. 126, dernier alinéa) ou de direction (art. L. 124, al. 2). On conçoit alors par exemple que, contrairement au droit allemand, une clause des statuts exigeant une double signature n'ait pas d'effets vis-à-vis des tiers (ce raisonnement étant renforcé par l'article L. 126, al. 2, qui parle du « même » pouvoir de représentation, entier, unique et indivisible...).

Mais lorsqu'un représentant social agit sans décision du directoire, ou, pire, s'il viole les décrets de ce dernier, il ne s'agit plus d'une limitation statutaire; c'est une limite légale, puisque c'est la loi qui réserve le pouvoir de décision au directoire ! Seulement on voit que ce raisonnement est surtout valable dans l'abstrait, car la généralité de l'article L. 124 est précisément faite pour éviter de définir avec précision le rôle du directoire... En réalité, cette « limite légale », qui devrait être opposable aux tiers parce que connue d'eux, comme l'ensemble des textes, recouvre une infinité de limites particulières, concrètes, et cachées aux yeux de ceux qui traitent avec le représentant de la société. Aussi serait-il moins perturbant d'admettre cette autre forme de la vérité, à savoir que les limites en question n'émanent pas de la loi, mais du directoire lui-même.

Certes, on pourrait concevoir qu'à chaque acte des représentants de la société, les tiers exigent le procès-verbal établissant la délibération du directoire qui fonde la représentation effectuée. Ce système ne cadre ni avec la simplicité nécessaire des rapports de gestion, ni avec le libéralisme proclamé par l'article L. 124, dernier alinéa, et serait la condamnation définitive de la société à directoire elle-même.

Dans ce contexte, il est délicat de se prononcer sur les sanctions possibles d'une attitude trop indépendante du ou des représentants sociaux.

Admettre la nullité frapperait lourdement les tiers et ruinerait la formule.

L'écarter risque de permettre au représentant social — et tout particulièrement au président du directoire — de jouir d'une position aussi confortable que celle du président du conseil d'administration, et peut-être plus, car le directoire ne peut révoquer ni son président, ni ses directeurs généraux.

On peut alors songer à distinguer suivant la nature des actes du représentant social : a-t-il seulement agi dans l'indifférence du directoire ? ou alors cet organe restait-il indécis ? Dans ces cas, on pourrait dire que le représentant n'a fait qu'exercer son pouvoir général de représentation, conçu largement.

Mais le problème se pose crûment lorsque le représentant social désobéit au directoire. Plus qu'une nullité, qui détruit la sécurité du commerce juridique,

la responsabilité nous semble la meilleure solution. Car elle sera engagée en fonction des résultats obtenus par le représentant social, qui, le sachant, n'agira *proprio motu* que dans les hypothèses où le risque est faible. Vue ainsi, l'absence de nullité apporterait beaucoup de souplesse à la distinction représentation-décision, modulée selon la prospérité sociale. Le représentant aura le choix entre le risque collectif, voie légale plus confortable, et l'action isolée, parfois suicidaire, avec à la clé, responsabilité uniquement individuelle et révocation sans indemnité.

Toutefois ces considérations optimistes doivent être nuancées en fonction de la répartition du capital et des différents intérêts en présence, qui rendent souvent éluctable le recours à de telles batailles. Or l'ineffectivité est peut-être moindre lorsque la nullité est encourue. Celle-ci, fait troublant, demeure une possibilité juridique que la jurisprudence aura peut-être l'occasion de consacrer ou d'écarter, puisque le législateur a omis de le faire.

L'obligation de s'en tenir aux décisions du directoire peut entraîner aussi chez le représentant social une attitude négative, une abstention qui bloque l'action de la société dans l'ordre externe et qui plonge le directoire dans l'impuissance.

Ce comportement est à l'évidence fautif (responsabilité, révocation sans indemnité) : si la dissuasion est inopérante, le conseil peut même se passer d'utiliser la lourde procédure de l'article L. 121 : il peut nommer un nouveau directeur général si les statuts l'y autorisent, ou révoquer l'un des représentants sociaux (président ou directeur général) mais seulement de ses fonctions de représentation, pour le remplacer par un membre du directoire déjà en place.

Si le conseil désire éviter la seconde solution et ne peut choisir la première, il peut, ainsi que les autres membres du directoire, demander la nomination d'un représentant social judiciaire (47). L'urgence peut ici apparaître, car si le conseil exerce un contrôle permanent, l'assemblée des actionnaires ne peut pas être réunie très rapidement. Mais encore faut-il que le fonctionnement de la société soit suffisamment perturbé pour mettre en péril les affaires de la société.

91. — Les défauts de la distinction entre décision et représentation semblent procéder d'une mise en œuvre défectueuse de la collégialité. Elle n'est pas véritablement admise au niveau externe, et l'on a pu dire que le directoire était un « organe interne » (48) de la société. C'est peut-être oublier trop vite l'article L. 124 : en principe, seule une décision collégiale du directoire peut engager la société. Cette règle demeure en effet, même si elle ne connaît de sanction que dans l'ordre interne. Et la signature de la déclaration de conformité (49) par les membres du directoire n'y fait pas exception, car c'est moins la société représentée que les individus dont on veut garantir la responsabilité.

Peut-on supprimer ou simplement atténuer ces défectuosités ?

Une première voie consisterait à préciser la notion de représentation, à évaluer avec précision la marge de liberté du représentant social. Mais suivant quel critère ? Dilemme entre une notion floue et une énumération insuffisante.

(47) V. HÉMARD, TERRÉ et MABILAT, t. I, n° 1105, p. 971, et n° 1139, p. 998; comp. H. LECOMPTE, *Rev. Trim. Dr. Com.* 1968, p. 252. MM. R. CONTIN et M. DESLANDES envisagent (*D.* 1977, Chron., 295, spé. p. 302) la nomination par le directoire d'un mandataire spécial chargé de représenter la société pour certains actes particuliers en cas d'inertie du président. Solution concevable si le directoire compte au moins trois membres, mais limitée et donc provisoire.

(48) R. HOUIN et F. GORE, La réforme des sociétés commerciales, *D.* 1967, chron. p. 138, n. 66.

(49) Art. L. 6, D. 69, 75, 119.

Mieux vaut peut-être reconnaître franchement au directoire lui-même le pouvoir de gestion et le pouvoir de représentation, quitte à admettre des exceptions, comme le fait la loi allemande (Aktg., § 78), et le projet C.E.E. (50).

Mais il est également possible d'éviter complètement le problème de la distinction gestion-représentation, en faisant appel au directeur général unique. Pourquoi ne pas remplacer le système actuel de compromis bâtard par l'offre de deux solutions, l'une pleinement collégiale, l'autre franchement individualiste ?

A vrai dire, ces deux solutions ont aussi leurs désavantages, notamment celle du D.G.U. (51). L'essentiel est peut-être de veiller à une interprétation rigoureuse des textes actuels.

Or, pour l'instant, on peut adhérer intellectuellement au principe suivant lequel le président du directoire n'a pas de pouvoir de décision particulier (hormis, dans l'ordre interne, celui d'attribuer un caractère confidentiel à une information, art. L. 149). Mais l'on est fondé à redouter un gauchissement de l'interprétation, dû à l'attraction du type classique et déjà sensible en matière de révocation (52). Il aboutirait à faire du président du directoire un concurrent du directoire. Dans les deux types, le président aurait les mêmes pouvoirs, il existerait simplement une distribution des fonctions du conseil d'administration entre le directoire et le conseil de surveillance.

Une telle interprétation est aussi fausse que celle qui voit dans le directoire un conseil d'administration restreint à quelques membres, abandonnant la concentration des pouvoirs sur une seule tête et entraînant un émiettement des responsabilités (53).

Si, sur le plan du statut, l'analogie est nette entre le P.D.G. et les membres du directoire, il n'en va pas de même pour les fonctions. La distinction gestion-contrôle n'est pas un avatar de la distinction direction-administration, elle est autre. Il faut accepter les couples d'organes tels qu'ils sont, sans jouer au jeu des substitutions.

A tous les niveaux, il y a des fonctions communes, mais elles sont exercées dans des cadres différents. Lorsque les textes ne règlent pas expressément un problème de répartition de compétence dans le type nouveau, la jurisprudence ne doit pas faire référence au type ancien, car c'est sur ce terrain de la structuration que se situe leur différence essentielle.

Les deux présidents (du directoire et du conseil d'administration) ont en commun plusieurs traits : ils représentent la société (et non leur organe) et ils sont membres du collège qu'ils président. Mais alors que le P.D.G. a des pouvoirs propres de direction, le président du directoire ne fait qu'exécuter vis-à-vis des tiers les décisions du directoire et il ne peut lui-même nommer des directeurs généraux. Enfin, il n'est ni nommé ni révoqué par l'organe qu'il préside : sa situation est beaucoup plus égalitaire par rapport aux membres du directoire que ne l'est celle du P.D.G. par rapport aux administrateurs. Cette homogénéité est nécessaire au directoire pour exercer ses fonctions de manière à équilibrer l'influence du conseil de surveillance.

(50) Art. 65-1 : Tous les membres du directoire ont, sauf clause contraire, le pouvoir de représenter la société.

(51) V. *supra*, n° 17. La distinction représentation-décision ne pose plus de problème si seul le président du directoire est responsable (v. rapport Sudreau, p. 109). Mais la responsabilité collective a bien des avantages.

(52) V. *infra*, n° 397.

(53) Cf. D. Bastian, *J.C.P.* 1968, I, 2183, préc. n° 468.

CHAPITRE DEUXIEME

FONCTIONS DU CONSEIL DE SURVEILLANCE

92. — Le conseil de surveillance obéit à des conceptions très proches de celles du conseil d'administration quant au régime de ses membres et à son organisation. C'est ainsi qu'il peut nommer son président (et un vice-président, art. L. 138); créer en son sein des commissions (art. D. 115, al. 2); conférer des mandats spéciaux à ses membres (art. D. 115, al. 1er); répartir entre eux la rémunération globale (art. D. 118); user des pouvoirs de cooptation dans les conditions de l'article L. 137.

De même certaines fonctions sont attribuées aux membres du conseil de surveillance individuellement, comme aux administrateurs, avant la naissance de la société : ils peuvent prendre des engagements au nom de la société sur mandat de l'assemblée générale (art. D. 67), nommer le directoire ou le directeur général unique (art. D. 68) et signer la déclaration de conformité (art. D. 69 et 75), ce qu'ils auront encore l'occasion de faire en cours de vie sociale (art. D. 119).

Les pouvoirs propres du président du conseil de surveillance reflètent déjà la nouveauté de la situation : on lui a réservé certaines tâches dans le fonctionnement de la société, sans doute pour compenser son insignifiance par rapport au président du conseil d'administration (1) ou aux membres du directoire : il convoque le conseil de surveillance, il en dirige les débats (art. L. 138) (2), il préside les assemblées d'actionnaires (en principe, art. D. 146); il certifie les copies ou extraits de procès-verbal des assemblées d'actionnaires (art. D. 151) et avise les commissaires aux comptes des conventions autorisées par le conseil en application de l'article L. 143 (art. D. 116).

On voit la nature formelle des fonctions du président du conseil de surveillance : il ne saurait y avoir de dyarchie entre lui et le conseil.

Mais il ne devrait pas, logiquement, y en avoir non plus entre le conseil de surveillance et le directoire.

Car le conseil est, en principe, spécialisé dans le contrôle du directoire (art. L. 119, dernier alinéa; L. 128, al. 1er). Se mouvant sur des terrains différents, les deux organes ne devraient normalement pas entrer en concurrence.

Seulement, la distinction entre la direction et le contrôle est limitée dans sa logique par des problèmes de définition, certes moins épineux que pour la formule classique, mais réels toutefois. De plus, la dualité d'organes, si elle repose principalement sur la séparation de ces fonctions, a été utilisée pour instaurer d'autres complémentarités.

(1) V. Plaisant et Delaisi, *Encycl. Dalloz. Sociétés*, v° *Directoire et conseil de surveillance*, n° 117.

(2) Comp. avec l'art. D. 83 qui laisse aux statuts le soin de déterminer les règles de convocation du conseil d'administration.

En effet, les textes investissent le conseil de surveillance de fonctions d'intervention dans l'activité et l'organisation du directoire, qui peuvent même être accentuées par les statuts.

En outre, il revient au conseil de décider seul sur certains problèmes, sans contrôler ni influencer le fonctionnement du directoire : il s'agit alors des quelques rares fonctions de gestion, qu'exceptionnellement l'organe de contrôle doit remplir seul.

Section 1 : Contrôle de l'activité du directoire;

Section 2 : Intervention dans l'activité et l'organisation du directoire;

Section 3 : Fonctions de gestion du conseil de surveillance.

Section 1. — Contrôle de l'activité du directoire.

93. — La notion de contrôle n'est pas plus précise que celles de direction et de gestion. Au moins doit-on admettre qu'elle s'en démarque logiquement.

Dans son sens premier, le mot contrôle désigne la copie d'un original, qui permet une vérification (contre-rôle, registre tenu en double). Le contrôle vient donc nécessairement se greffer sur une activité qui se distingue de lui et qui peut exister sans lui, alors que l'inverse n'est pas vrai.

Les nombreux sens dérivés du mot contrôle font apparaître une gradation dans la puissance du contrôleur, qui va pouvoir vérifier l'existence, la régularité, voire l'opportunité de tout ou partie des actes du contrôlé, et en tirer des conséquences plus ou moins déterminantes.

La société anonyme offre à elle seule une quantité d'exemples de contrôles diversifiés. Elle est d'abord soumise au contrôle d'instances extérieures, comme la Justice et certaines administrations (fisc, greffe, Commission des Opérations de Bourse, etc.). Mais surtout, elle se présente en elle-même comme une organisation de contrôles : la gestion de la société anonyme est surveillée, à des degrés divers, par les créanciers de la société, les obligataires, les salariés et naturellement les actionnaires, qui disposent d'une information individuelle et exercent leur fonction en assemblée, avec l'assistance des commissaires aux comptes.

Toutefois, cette accumulation de contrôle ne suffit pas à assurer la qualité de la gestion, et la jurisprudence a, depuis de nombreuses années, fait peser sur les administrateurs eux-mêmes un devoir de surveillance des actes passés par l'administrateur délégué puis le président du conseil d'administration et les directeurs généraux (3).

Ainsi donc, dans la formule classique, les administrateurs sont tenus de gérer et de surveiller la gestion. Ces deux tâches, qui semblent exclusives l'une de l'autre, ont pu coexister dans les conditions où s'est pratiqué le partage entre les administrateurs et leur président. Les administrateurs conservent le droit de décider, mais le plus souvent, ils laissent faire le président et ses directeurs,

(3) Cass. Req. 22 juin 1936, *J. Soc.* 1937, 539; — Com. 10 mai 1948. *J.C.P.* 1948, II, 4937, n. Bastian; *S.* 1950, 1, 77, n. Plaisant; — Com. 3 mai 1954, *J.C.P.* 1954, II, 8257, n. Bastian; — Com. 17 janv. 1970, *D.* 1970, 480, n. Poulain. V. Ripert et Roblot, t. I, n° 1367; Escarra et Rault, t. IV, n° 1573, p. 315.

et dans ce cas, ils doivent contrôler la gestion qu'ils n'ont pas eux-mêmes prise directement en charge (4).

Souplesse du régime classique, dira-t-on, mais aussi équivoque. Une telle plasticité permet la dilution des responsabilités et leur atténuation, car une faute de contrôle semble moins grave qu'une faute de gestion; elle est en tout cas plus difficile à caractériser (5). De plus, ce système engage les administrateurs à s'abstenir d'agir personnellement et sape les fondements mêmes du conseil d'administration. Enfin, le conseil d'administration ne dispose pas des moyens spécifiques nécessaires à un contrôle efficace (6) : cela fait que cet organe dégénère et s'expose aux critiques, ce qui rehausse l'attrait du couple directoire - conseil de surveillance.

94. — Pour élucider la notion de contrôle, il ne suffit pas de considérer qu'elle est distincte de la gestion. En effet, une partie de la doctrine moderne a mis en valeur un sens du mot contrôle qui recrée, à un autre niveau, une certaine ambiguïté : pris dans son sens britannique, ce terme se réfère davantage au rapport de puissance qu'au droit de demander des comptes. « Acquérir le contrôle d'une société par actions, écrit M. C. Champaud, c'est obtenir l'omnipotence de direction de la vie sociale, c'est-à-dire le pouvoir de diriger à son gré l'administration du patrimoine social. » (7)

Cette conception passe au-dessus de l'autonomie des organes sociaux et de la société elle-même. Elle reflète une réalité très importante de la vie économique, le phénomène de la concentration du pouvoir, à la fois aidé et limité par le droit.

Cependant, cette conception extensive ne rend pas sans intérêt l'aménagement organique de la surveillance de la gestion à l'intérieur de la société anonyme, car il reste de bonnes raisons d'accorder à cette dernière une existence propre. On peut aussi se demander si le contrôle-surveillance n'est pas un moyen d'assurer le contrôle-pouvoir.

Dans cette optique, le conseil de surveillance peut apparaître comme un relais dont l'efficacité dépendra de l'information dont le conseil dispose et des conséquences qu'il peut en tirer. Mais, à ces deux niveaux, le législateur n'a construit le conseil de surveillance que dans le cadre de « la » société anonyme, dans un mouvement dialectique parti du rôle conféré au directoire.

§ 1 : L'information du conseil de surveillance;

§ 2 : La portée du contrôle du conseil de surveillance.

§ 1 — L'information du conseil de surveillance.

95. — Certains renseignements sont obligatoirement fournis au conseil de surveillance par le directoire et les commissaires aux comptes. Mais le conseil

(4) V. Y. Djian, *Le contrôle de la direction des sociétés anonymes dans les pays du Marché commun,* B.D.C., n° 12.

(5) Hamel et Lagarde, t. I, n° 661, p. 789.

(6) V. H. Chassery, Les attributions du conseil de surveillance, *Rev. Trim. Dr. Com.* 1976, p. 449, spé. p. 468, n° 13.

(7) C. Champaud, *Le pouvoir de concentration dans la société par actions,* p. 107, n° 108. Aj. J. Paillusseau, *La société anonyme, technique d'organisation de l'entreprise,* spé. p. 247; R. Contin, *Le contrôle de la gestion des sociétés anonymes,* n° 2; C.-J. Berr, La place de la notion de contrôle en droit des sociétés, *Mél. Bastian,* t. I, p. 1.

dispose par lui-même d'importants pouvoirs d'investigation, qui devraient lui assurer une connaissance suffisante des affaires sociales.

I. — Communications du directoire.

96. — Le directoire doit remettre périodiquement au conseil de surveillance deux sortes de documents : son rapport (art. L. 128, al. 4) et les comptes principaux de la société (art. L. 128, al. 5).

A. — Le rapport du directoire au conseil de surveillance.

97. — La seule indication légale qui accompagne l'obligation de présenter ce rapport a trait à sa périodicité : trois mois au moins. Cela signifie qu'il peut être exigé un rythme plus rapide. Il est douteux que le conseil puisse prendre seul une telle décision; comme dans maintes hypothèses, il vaut mieux réserver un tel pouvoir aux statuts, car cela risque de soumettre plus étroitement le directoire aux volontés du conseil.

De même, la compétence des statuts est préférable quant à la définition du contenu du rapport. S'ils restent silencieux le conseil de surveillance pourra naturellement exiger un rapport construit selon les critères de l'article D. 148 (rapport annuel à l'assemblée). Mais cela offre encore une grande marge d'appréciation. En réalité, le contenu du rapport dépendra essentiellement de l'intensité du contrôle dans la société considérée, et nous verrons que la gamme des possibilités est fort étendue à ce propos.

Notons qu'en pratique la périodicité minimale n'est pas toujours respectée, tant s'en faut, et le rapport correspond souvent à un compte rendu informel sur la situation de la société. Certes, les statuts peuvent édicter des règles plus sévères; mais ils doivent veiller à ne pas écraser le directoire sous le fardeau du formalisme. Tout dépend ici de l'importance de la société. Si elle utilise des techniques institutionnelles, si les services placés sous les ordres du directoire peuvent exécuter de tels travaux, autant utiliser ces facultés au bénéfice du conseil de surveillance. Sinon, il serait préjudiciable d'alourdir la tâche de l'organe de gestion.

B. — Les comptes annuels.

98. — Il s'agit de ceux que le directoire est tenu de présenter à l'assemblée générale ordinaire (compte d'exploitation générale, compte de pertes et profits, bilan — art. L. 157, al. 2). Leur communication au conseil doit se faire dans les trois mois à compter de la clôture de l'exercice (art. D. 114) et nécessairement avant la tenue de l'assemblée générale, car le conseil doit y faire des observations sur les comptes ainsi présentés par le directoire (art. L. 128, dernier alinéa).

Mais le conseil de surveillance a connaissance de ces comptes après les commissaires aux comptes, qui sont convoqués à la réunion du directoire qui arrête les comptes de l'exercice (art. L. 231).

Il y a lieu de s'en féliciter puisque les commissaires aux comptes communiquent les principaux résultats de leur travail au conseil de surveillance.

II. — Renseignements fournis par les commissaires aux comptes (art. L. 226 et 230).

99. — Contrairement aux comptes rendus obligatoires du directoire, les renseignements dus par les commissaires aux comptes portent sur la presque totalité de leur activité. Ils complètent d'un point de vue critique les comptes présentés par le directoire.

Les commissaires font état de leurs contrôles, vérifications et sondages, de leurs propositions de modification des comptes et des méthodes d'évaluation; ils décrivent les irrégularités et inexactitudes qu'ils ont éventuellement découvertes; ils présentent les conclusions et font des comparaisons comptables avec les exercices précédents.

Le conseil de surveillance reçoit en outre le rapport de l'expert de minorité, qui porte sur une ou plusieurs opérations précises.

Les mêmes documents sont communiqués au directoire, qui peut éventuellement préparer sa défense.

III. — Pouvoir d'investigation du conseil de surveillance (art. L. 128, al. 3).

100. — Si les informations ainsi procurées au conseil lui paraissent insuffisantes, le conseil peut prendre l'initiative et se documenter lui-même. Il dispose pour ce faire de moyens pratiquement illimités, du moins pour des recherches concernant la société : il peut faire toute vérification, tout contrôle qui lui semble opportun. Il peut se faire communiquer (c'est-à-dire se faire remettre) tout document qu'il estime utile. Les barrières de l'obligation de discrétion devraient tomber devant la généralité de ces formules (art. L. 149).

Ce système convient parfaitement lorsqu'existe une bonne harmonie entre le directoire et le conseil de surveillance. Le contrôle peut alors s'exercer avec souplesse et ne devenir rigoureux que si c'est nécessaire. Pourtant, dans un climat de tension, on peut craindre que le conseil ne se serve de ces facultés pour mener une inquisition gênante pour le directoire.

A ce danger, les termes de l'article L. 128 (al. 3) n'apportent qu'une parade : il faut que les recherches soient collégiales. C'est en effet le conseil qui est investi du pouvoir de s'informer. Certes, il peut faire exécuter des missions particulières de contrôle par ses membres (mandats, commissions), mais encore doit-il décider ces missions ! Aucun texte ne donne en propre aux membres du conseil de surveillance l'initiative d'une investigation, et ce, bien qu'ils encourent une responsabilité individuelle (8). Mais la surveillance du directoire s'exerce collégialement, et le contenu des délibérations peut éclairer sur la participation de chacun à cette tâche. De plus, les membres du conseil doivent se grouper pour le convoquer. Même le président du conseil de surveillance n'a pas de pouvoir de recherche particulier, alors qu'il peut à lui seul mettre le conseil en mesure de prendre des décisions.

Cette situation est défavorable aux minoritaires du conseil de surveillance, et sans doute aux salariés de la cosurveillance. Elle diminue aussi l'effet de surprise à l'égard du directoire. Mais elle protège ce dernier contre un trop grand

(8) Comp. Hémard, Terré et Mabilat, t. I, n° 1144, p. 1002.

nombre d'enquêtes dispersées. Et les membres du conseil de surveillance qui veulent se désolidariser peuvent parfaitement le faire s'ils estiment que les décisions du conseil ne leur permettent pas de remplir leur mission.

Cette solution est justifiée dans l'optique classique de la société anonyme, car l'organe de surveillance obéit à une conception unitaire. La majorité prend ses risques et la minorité n'est pas sans défense.

Mais dans l'optique de la cosurveillance, les salariés, devenus membres du conseil à part entière, pourraient être empêchés d'effectuer des contrôles pour eux opportuns, ce qui ôterait une bonne part de son attrait à une formule vantée pour l'information qu'elle apporterait au personnel.

On remarquera, cependant que, la répartition des fonctions étant impérative, les statuts ne peuvent — d'ores et déjà — limiter les pouvoirs de contrôle et d'investigation du conseil de surveillance (9). Ils peuvent seulement, sur certains points, l'étendre.

§ 2. — Portée du contrôle.

101. — Si le conseil de surveillance a accès à la totalité des actes du directoire, cela n'indique pas sous quel angle il peut traiter les informations ainsi recueillies.

L'article L. 128 permet à cet égard de réunir quelques indices, mais c'est surtout l'équilibre général de la société qui permet de mesurer avec précision l'étendue du contrôle par le conseil de surveillance.

Premier indice, la permanence du contrôle ne vise pas tant une périodicité élevée des délibérations, des « surveillances » du conseil, que son aptitude à réagir aux événements les plus importants de la gestion. Il convient de rapprocher de cette permanence la faculté d'exercer des contrôles « à toute époque de l'année ».

Second indice, le contrôle porte sur la gestion de la société par le directoire (art. L. 128, al. 1er). A cette occasion seulement les textes nous confient que le directoire gère. Jusqu'alors, il dirigeait, il agissait (art. L. 119 et L. 124). Il n'y a certainement pas lieu de distinguer ici gestion et direction, car on ne voit pas au nom de quoi on cantonnerait la surveillance aux actes les moins importants. Au contraire, il est logique que la compétence du conseil s'étende à la totalité des actes, puisqu'il y a accès... Et cela confirme la justesse de l'acception large du mot gestion à propos du directoire.

Troisième indice : il n'existe aucun critère limitatif des pouvoirs de contrôle du conseil de surveillance. Pourtant, le projet de loi soumettait le conseil au respect de « l'intérêt des actionnaires ». Il y allait de la cohérence de l'amendement Capitant - Le Douarec, car le comité de direction (futur directoire) devait agir « dans l'intérêt de l'entreprise et de la société », et l'on prévoyait que, plus tard, le comité d'entreprise contrôlerait la gestion au nom des salariés.

L'opinion défavorable du Parlement, et notamment du Sénat, balaya ces idées novatrices. Bien que le conseil de surveillance soit effectivement conçu comme l'organe des actionnaires, on a voulu éviter l'emploi de critères impré-

(9) V. H. Chassery, art. préc. n° 11, pour qui cette solution découle du caractère institutionnel de la société anonyme.

cis, finalement plus périlleux qu'utiles (10). Et l'action du conseil de surveillance est plus sûrement déterminée par la place qu'il occupe dans la structure de la société. La définition du contrôle est, ici, avant tout, une affaire de répartition de fonctions : il n'y a pas un contrôle qui, intrinsèquement, tracerait les limites de la compétence du conseil de surveillance. Il faut choisir parmi les différentes fonctions possibles du contrôle celles dont on peut investir le conseil par rapport au directoire.

102. — On peut distinguer trois stades dans le contrôle. D'abord, la simple information, qui n'entraîne qu'un jugement d'existence sur la gestion. Ensuite, l'appréciation, qui suppose au contraire un jugement de valeur. Enfin, la sanction, qui donne au contrôleur le pouvoir de tirer certaines conséquences de son contrôle.

Nous avons vu que le conseil de surveillance, à l'instar des commissaires aux comptes et même du comité d'entreprise, a tous les moyens de se livrer à un contrôle-information. Mais ces moyens doivent servir aussi à un contrôle-appréciation, car tel est le rôle fonctionnel du conseil de surveillance dans la société anonyme. Son optique n'est pas limitée aux comptes ou à certaines questions économiques, son pouvoir émane de l'entrepreneur lui-même : il est au moins aussi « légitime » que le directoire par rapport à l'assemblée des actionnaires, en théorie maître de l'affaire. Il est normal que ses pouvoirs de contrôle soient très étendus.

L'appréciation va porter d'abord sur la validité juridique des opérations de gestion du directoire. Le conseil recherche si les différentes législations (droit des sociétés, droits pénal, social, fiscal, législation comptable, etc.) ont été respectées par le directoire, qui doit également obéir aux statuts et au règlement intérieur. S'il relève une irrégularité, le conseil n'est pas tenu de la révéler, sauf à engager sa responsabilité pour faute de surveillance (avec un régime particulier pour les délits, art. L. 250).

Mais l'appréciation déborde la régularité juridique pour atteindre la « valeur commerciale » (11) de la gestion. Le conseil prend alors des risques, car il ne peut se borner à rechercher la responsabilité d'une catastrophe lorsqu'elle est survenue. Au contraire, le conseil doit, au moins trimestriellement, conforter ou critiquer le directoire dans sa politique. Cet aspect préventif du contrôle-appréciation est essentiel. Il oblige les membres du conseil de surveillance à doser réserve et intuition pour échapper à la responsabilité pour faute de surveillance.

Cela dit, le conseil de surveillance n'a pas directement les moyens d'un contrôle-sanction. Contrairement à l'Aufsichtsrat, il ne peut refuser d'approuver les comptes produits par le directoire; il a simplement la possibilité de présenter à leur propos des observations à l'assemblée générale (12).

Le conseil de surveillance ne dispose pas légalement non plus de moyens directs et spécifiques pour empêcher un acte du directoire qu'il estime fautif, ni pour couvrir une irrégularité.

Tout semble donc parfaitement clair dans la séparation des pouvoirs. Mais les autres attributions légales du conseil de surveillance viennent nuancer sérieusement cette conclusion, et tisser entre le directoire et le conseil de surveillance des liens beaucoup plus complexes.

(10) V. *J.O.*, Déb. Sénat, 22 avril 1966, p. 257; 22 juin 1966, p. 927.
(11) Ripert et Roblot, t. I, n° 1333, p. 782.
(12) V. R. Sinay, La société anonyme de type nouveau du projet de loi français sur les sociétés commerciales, *Gaz. Pal.* 1966, 1, Doctr. p. 50.

Section 2. — Intervention dans l'activité et l'organisation du directoire.

103. — Chaque fonction d'intervention du conseil de surveillance implique un tempérament à l'autonomie du directoire. Qu'on ne croie pas à une quelconque fatalité qui condamnerait la gestion des sociétés anonymes à toujours rester dépendante. D'abord, la fatalité jouerait plutôt en sens inverse. Ensuite, il s'agit essentiellement d'une question technique, les pouvoirs les plus étendus étant confiés au directoire.

Mais l'imbrication s'explique aussi par l'origine du pouvoir : via le conseil de surveillance, ce sont les apporteurs de capitaux à qui l'on réserve la haute main sur la gestion.

Juridiquement, le problème est d'assurer la cohérence du système en veillant à ce que la répartition reste gouvernée principalement par la séparation des fonctions : il s'agit de mesurer les atteintes et d'en préciser les limites lorsque les statuts seraient tentés de par trop les étendre.

Le législateur module lui-même les pouvoirs d'intervention suivant l'étroitesse de leur rapport avec la gestion. Ainsi, il ne peut qu'admettre avec réserve l'intervention du conseil sur la gestion, mais il donne une grande importance au conseil dans l'organisation du directoire.

§ 1 : Intervention dans l'activité du directoire;

§ 2 : Intervention dans l'organisation du directoire.

§ 1. — Intervention dans l'activité du directoire.

104. — Le directoire est investi d'un rôle de conception et d'initiative. Il a les pouvoirs de gestion les plus étendus. Mais aucun texte n'interdit formellement au conseil de surveillance d'exercer les fonctions du directoire (13). Pourtant, le fondement même de la dualité impose de condamner toute immixtion du conseil dans la gestion.

Mais la pratique elle-même atténue la sévérité du principe. Le conseil de surveillance est souvent composé de manière à concentrer les influences utiles, et respecter les orientations qu'il donne sera d'un bon fruit. Mais, en cas de désaccord, le directoire ne peut être tenu d'obéir aux avis du conseil, même s'il les a sollicités, car lui seul est apte à prendre les responsabilités de la gestion.

L'importance de certaines opérations a conduit le législateur à admettre l'intervention du conseil de surveillance. Mais pour ne pas ruiner la distinction fondamentale, il a conçu un moyen terme, l'autorisation, qui outrepasse le contrôle sans verser dans la gestion proprement dite. En effet, c'est toujours le directoire qui a l'initiative de l'opération, mais il doit recueillir avant d'agir l'assentiment du conseil de surveillance. Cela fait, il n'est pas obligé de réaliser l'opération autorisée; c'est toujours lui qui prend les risques de la gestion, et l'on ne saurait charger le conseil de toute la responsabilité pour un acte qu'il a cru bon d'autoriser. Tout dépend des conditions dans lesquelles s'est faite l'autorisation (14).

(13) Comp. Aktg, § 111, al. 4.
(14) V. *infra*, n° 458. Comp. Hémard, Terré et Mabilat, t. II, n° 1257, p. 996.

Le problème essentiel consiste à délimiter le domaine des opérations autorisables. A ce propos, la formulation de l'article L. 128 indique une certaine souplesse. Font figure de principe les autorisations statutaires, et d'exception (toutefois...) les autorisations prévues par la loi.

Or, les deux types d'autorisation n'ont pas la même portée. Seul le défaut d'une autorisation légale peut produire des effets à l'égard des tiers. On est conduit à en déduire la relativité de la séparation des pouvoirs dans l'ordre interne, et sa rigidité dans l'ordre externe.

I. — Les autorisations légales.

105. — Le domaine des autorisations légales fournit un indice intéressant de l'étendue des fonctions assumées par le conseil de surveillance en droit français. En effet, alors que le droit allemand et les projets européens énoncent un principe général (sont soumises à autorisation du conseil les opérations de gestion « les plus importantes »), la loi du 24 juillet 1966 ne retient que deux hypothèses d'autorisation légale portant sur des opérations de gestion.

La première est déterminée en fonction des personnes qui sont parties à l'acte et du caractère inhabituel de ce dernier (autorisations des conventions de l'art. L. 143).

La seconde hypothèse correspond à des opérations financières limitativement énumérées (art. L. 128, al. 2).

A. — Les autorisations de l'article L. 143.

106. — Variété raffinée du contrat avec soi-même, les conventions visées à l'article L. 143 représentent une adaptation assez fidèle à la société à directoire des dispositions de l'article 40 de la loi du 24 juillet 1867 (v. art. L. 101) (15).

La différence la plus sérieuse réside dans le fait que le conseil de surveillance autorise, à la place du conseil d'administration, toutes les conventions visées, qu'elles touchent un membre du directoire ou un membre du conseil de surveillance. Il s'agit donc d'une intervention dans la gestion du directoire, mais il ne servirait à rien que le directoire s'autorise lui-même. On peut même avancer que le contrôle par le conseil de surveillance risque d'être plus impartial, plus indépendant, et que, pour cette raison, la nouvelle structure améliore le régime des conventions autorisables.

De plus, l'atteinte à la distinction entre la gestion et le contrôle est adoucie par le fait que l'autorisation s'accompagne d'un contrôle des commissaires aux comptes et de l'assemblée générale (art. L. 145). Seules les conventions non autorisées peuvent être annulées (ou les conventions frauduleuses), et cette nullité peut être couverte par l'assemblée. Le défaut d'autorisation n'aura donc que rarement des effets opposables à l'extérieur de la société; en l'occurrence seule l'entreprise visée à l'article L. 143, dernier alinéa, peut être touchée (16).

(15) V. Ripert et Roblot, t. I, nos 1279 et s. et 1329 et s.; D. Bastian, *J.-Cl. Sociétés*, fasc. 130-5; Hémard, Terré et Mabilat, t. I, nos 1011 et s., 1150 et s.; I. Balensi, *Les conventions entre les sociétés commerciales et leurs dirigeants*, 1975.

(16) Hémard, Terré et Mabilat, t. I, n° 1031, p. 905.

B. — Les autorisations légales de l'article L. 128, al. 2.

107. — L'article L. 128, al. 2, ne fait, lui aussi, que reprendre une disposition applicable au conseil d'administration (17) (art. L. 98), dont le rôle est attribué, *mutatis mutandis,* au conseil de surveillance.

Les actes de gestion visés sont les cautions, avals et garanties, c'est-à-dire des opérations financières par lesquelles la société s'engage pour autrui. Une liste plus large serait peut-être nécessaire, si la jurisprudence n'interprète pas largement le mot « garantie ». Or, elle ne sera pas portée à le faire puisqu'il s'agit d'un régime exceptionnel. Ne ferait donc pas l'objet d'une autorisation une ouverture de crédit pour autrui (18).

Pour ne pas gêner exagérément la gestion financière des sociétés, il a été apporté un certain nombre d'aménagements au système de l'autorisation obligatoire.

D'abord, la règle ne joue pas en ce qui concerne les sociétés exploitant un établissement bancaire ou financier. Ces notions sont définies formellement par le législateur, ce qui devrait empêcher les contestations.

Ensuite, l'autorisation peut être donnée globalement par le conseil de surveillance dans la limite d'un montant total qu'il fixe (art. D. 113). L'autorisation peut également préciser une limite maximum pour chaque opération. Mais une nouvelle autorisation est requise pour tout dépassement, et les autorisations globales ou générales ne sont valables qu'un an, quelle que soit la durée des opérations engagées; cela peut poser des problèmes, même si les autorisations sont théoriquement reconductibles.

En outre, une autorisation sans limite de montant peut couvrir le directoire (ou son délégué) à l'égard des administrations fiscales et douanières. Cette dérogation est valable pour une durée supérieure à un an.

Enfin, les dépassements sont rarement opposables aux tiers, parce qu'il convient de limiter le moins possible à leur égard les pouvoirs du directoire (19) (v. chapitre 1).

On voit donc qu'en réalité, l'atteinte à la séparation des pouvoirs est ici passablement amodiée, dans un sens favorable à l'autonomie de la gestion. Mais aucune disposition du décret d'application ne permet d'étendre cette conclusion aux autorisations statutaires.

II. — Les autorisations statutaires.

108. — « Les statuts peuvent subordonner à l'autorisation préalable du conseil de surveillance la conclusion des opérations qu'ils énumèrent (art. L. 128, al. 2).

Il fallait un texte pour consacrer cette possibilité, alors que les autorisations du conseil d'administration que les statuts imposent au président de cet organe dépendent de l'identité profonde de leur territoire et n'ont pas besoin d'être expressément permises.

(17) Hémard, Terré et Mabilat, t. I, nos 955 et s., p. 819 et s. V. M. Guilberteau, Les garanties conférées, par une société anonyme, dans le cadre de la législation du 24 juillet 1966, th. Paris, 1971, dactyl., spé. p. 293 et s.

(18) V. Rép. Min. Just. à M. Liot, *J.O.*, Déb. Sénat, 20 août 1974, p. 1084, *Rev. Soc.* 1975, p. 173.

(19) V. *Supra,* n° 92.

Le laconisme de l'article L. 128, al. 2, s'explique plus facilement quant à la procédure d'autorisation, que quant au domaine des opérations autorisables.

En effet, le conseil de surveillance peut toujours être saisi par « un membre au moins » du directoire, qui demande au président du conseil de surveillance de convoquer cet organe. En cas d'inaction du président, l'auteur de la demande peut faire la convocation lui-même (art. D. 107).

De plus, il n'est pas nécessaire de fixer un délai de saisine, car sans autorisation, le directoire ne peut entreprendre l'opération projetée.

En revanche, il serait utile que les statuts déterminent le délai dont dispose le conseil pour prendre sa décision, sans quoi l'affaire pourrait traîner en longueur.

La décision du conseil de surveillance est normalement prise à la majorité. Mais on peut stipuler des conditions plus lourdes, soit pour le refus (ce qui renforce la position du directoire), soit pour l'accord (ce qui l'affaiblit), mais non pour les deux ensemble, car ce serait un moyen efficace de bloquer le système...

La décision du conseil doit être pure et simple : il ne peut qu'autoriser ou refuser d'autoriser, sans assortir son opinion de conditions qui constitueraient une immixtion dans la gestion. Mais il va de soi que le directoire peut faire de nouvelles propositions après un refus.

D'ailleurs, le conseil de surveillance n'est pas tenu de motiver sa décision. Aucun critère légal ne vient orienter son appréciation; il est certes admissible que les statuts aillent dans ce sens, mais les périls encourus sont multiples, car ce serait limiter les pouvoirs du conseil et s'exposer à d'inutiles contestations. Lorsque les rapports entre les deux organes sont harmonieux, le problème ne se pose pas et il y a une discussion réelle sur les opérations projetées par le directoire. Sinon, la détermination des pouvoirs est essentielle.

On conçoit que le conseil revienne sur un refus d'autorisation, mais non sur une acceptation, dans la mesure où l'opération concernée a été engagée, du moins dans un délai raisonnable. A cet égard, il serait bon que les statuts, ou mieux, le conseil lui-même, déterminent la durée de validité de l'autorisation. Le désir de limiter la durée de la procédure est en effet capital, surtout si l'on songe qu'un refus d'autorisation peut faire l'objet d'un recours du directoire devant l'assemblée générale (art. D. 100) (20).

Quant au domaine des opérations autorisables, aucune limite n'a été fixée par l'article L. 128, al. 2. Sans doute le législateur a-t-il estimé inutile de rappeler le principe général de la répartition des fonctions, contenu dans l'article L. 119, al. 3. En tout état de cause, le « catalogue » statutaire ne peut renverser le principe de la séparation de la gestion et du contrôle. Mais il constitue un aménagement d'importance, dont la mesure délicate peut donner lieu à des conflits de compétence entre le directoire et le conseil de surveillance (v. chapitre suivant).

109. — Enfin se pose le problème de la sanction de l'autorisation statutaire. Deux hypothèses sont possibles. Dans la première, le conseil refuse son autorisation et le directoire passe outre. Dans la seconde, le conseil autorise mais le directoire ne réalise pas l'opération.

Lorsque le directoire passe outre un refus d'autorisation, son acte n'en est pas moins valable à l'égard des tiers (20 *bis*). Il ne peut pas être annulé dans

(20) V. *infra*, n° 141.

(20 *bis*) Comp. Nguyen Xuan Chanh, Le sort des actes irrégulièrement accomplis au nom d'une société commerciale, *D.* 1978, Chron. 69, spé. p. 72.

l'ordre interne, même si les statuts le stipulent (art. L. 360, al. 2, *a contrario*). Il peut seulement donner lieu à la mise en jeu de la responsabilité du directoire et à la révocation de ses membres sans indemnité. C'est pourquoi, en réalité, cette situation ne sera pas fréquente.

Notons d'ailleurs que les statuts pourraient aussi organiser un recours du conseil de surveillance devant l'assemblée. Mais l'intérêt d'un tel système serait moindre que dans la deuxième hypothèse, c'est-à-dire lorsque le directoire ne réalise pas une opération autorisée.

Certes, dans ce cas, le directoire semble en position de force, car c'est lui qui prend les responsabilités de la gestion, et il peut changer d'avis sur l'opportunité d'un acte. Mais souvent, en pratique, le système d'autorisation cache un système de décision par le conseil seul... et les statuts prévoient que le directoire devra exécuter l'opération « autorisée ».

Une telle adjonction a pour effet de détourner la procédure d'autorisation de sa véritable finalité. Il s'agit en effet ici de permettre aux représentants des actionnaires d'effectuer un contrôle préalable sur certaines opérations, d'apporter la garantie d'un examen plus complet du problème de gestion soulevé (21), avec une optique peut-être plus globale que celle du directoire seul.

Mais il ne peut être question de transférer au conseil le pouvoir de gestion sur les opérations du « catalogue ». Ce serait une grave violation de la distinction entre la gestion et le contrôle, que l'on trouve malheureusement assez souvent dans l'esprit des usagers, restés marqués par le conseil d'administration.

Certes, on peut se demander si de telles limitations ne sont pas possibles, portant sur des actes exceptionnellement importants : une interprétation *a contrario* de l'article L. 124, al. 3, possible étant donné l'attraction de la formule classique, pourrait leur donner un fondement textuel.

Même si cela était (et nous pensons que cette interprétation serait contraire à la structure globale de la société), la compétence du conseil ne serait alors reconnue que dans l'ordre interne, et ne pourrait donc entraîner que des sanctions partielles.

§ 2. — Intervention dans l'organisation du directoire.

110. — Le pouvoir d'organiser le directoire est celui qui place le plus nettement le conseil de surveillance en position de force vis-à-vis du directoire. Et ici aussi, les compétences du conseil peuvent être accrues par les statuts.

D'abord, le conseil de surveillance construit ce rassemblement d'hommes qu'est l'équipe de gestion. Il choisit les membres du directoire et détermine librement leur rémunération. A la différence du conseil d'administration, le directoire ne choisit pas lui-même son président, nommé comme tel par le conseil de surveillance parmi les membres du directoire.

De plus, le conseil de surveillance peut être mis, par les statuts, en mesure d'imposer sa conception de la collégialité du directoire en fixant le nombre des membres (art. D. 96), en autorisant la répartition des tâches (art. D. 99), en

(21) V. H. CHASSERY, art. préc., n° 20.

nommant des directeurs généraux (art. L. 126). On voit encore apparaître l'importance des statuts dans l'aménagement de la séparation des pouvoirs.

111. — Mais on retrouve *ipso facto* le problème des limites à l'accroissement des compétences du conseil : ces pouvoirs statutaires (ou non contredits par les statuts) peuvent-ils s'exercer seulement *ab initio,* lors de la formation de l'équipe de gestion pour quatre ans, ou bien le conseil peut-il en user au cours même des fonctions du directoire ? Cette deuxième solution équivaudrait à reconnaître au conseil de surveillance d'importants pouvoirs de pression sur le directoire, dont il pourrait faire « basculer la majorité » (22). N'y aurait-il pas alors une atteinte inacceptable à la séparation des pouvoirs ?

Il convient en premier lieu d'observer que, par ailleurs, la loi investit le conseil de surveillance de pouvoirs d'intervention qui ne peuvent s'exercer que pendant la période de quatre ans de l'article L. 122. D'abord, le conseil peut proposer à l'assemblée la révocation des membres du directoire et de leur président. Il peut aussi retirer à ce dernier (et aux directeurs généraux) leur pouvoir de représentation. Ensuite, le conseil est appelé à pourvoir aux sièges vacants du directoire (art. D. 97). Mais cette obligation n'est pas d'une grande intensité puisque sa seule sanction réside dans la nomination judiciaire de membres que le conseil peut incessamment remplacer. La cooptation est interdite au directoire lui-même, contrairement au conseil d'administration.

Enfin, le conseil de surveillance peut faire pression sur les membres du directoire en ne les autorisant pas à cumuler les postes de direction (art. L. 127).

En second lieu, on doit remarquer que nommer un membre du directoire ou un directeur général ne revient pas à s'immiscer dans la gestion, pas plus qu'autoriser la répartition des tâches décidée par les membres du directoire eux-mêmes. L'extension des pouvoirs du conseil dans l'organisation du directoire n'atteint pas directement la séparation des pouvoirs; au contraire, cette extension représente dans certains cas un facteur d'équilibre. Une rigidité excessive dans la composition du directoire peut entraîner des situations douloureuses pour la société. Le conseil doit pouvoir intervenir lorsque l'équipe se désunit, avant le délai de quatre ans.

C'est peut-être pour cela qu'à défaut de clause statutaire le conseil de surveillance fixe légalement le nombre des membres du directoire et autorise la répartition des tâches.

112. — De toute manière, et plus généralement, il est bon de laisser aux statuts la possibilité de corriger les éventuels excès qui peuvent se produire dans la répartition des fonctions, telle qu'elle est vécue et non seulement conçue. Le respect excessif de la séparation doit céder la place à une conception plus dynamique.

Certes, la doctrine germanique a montré que le danger était grand d'un déséquilibre en faveur de l'Aufsichtsrat (23). Mais celui-ci jouit de pouvoirs légaux beaucoup plus étendus que ceux du conseil de surveillance. Notamment, il peut révoquer seul les membres du Vorstand, refuser d'approuver les comptes annuels et étendre le Katalog. L'Aktiengesetz reconnaît même à l'Aufsichtsrat certains pouvoirs de gestion, alors que la loi française se montre extrêmement réservée à cet égard pour le conseil de surveillance.

(22) H. Lecompte, *Mél. Bastian,* préc. p. 147.
(23) V. R. Sinay, art. préc.

Section 3. — Fonctions de gestion du conseil de surveillance.

113. — Bien que la loi française ne le précise pas, contrairement à l'Aktiengesetz (24), le conseil de surveillance n'est pas chargé globalement de la gestion de la société. Mais certaines de ses fonctions, peu nombreuses il est vrai, ne procèdent ni du contrôle, ni de l'intervention dans la gestion ou l'organisation du directoire. Elles se situent en concurrence, ou, au moins, au même niveau que celles qu'exercent le directoire. On ne peut les analyser que comme des fragments de gestion, le mot étant pris dans une acception large.

114. — Le meilleur exemple de telles fonctions est fourni par l'article L. 125, qui réserve au conseil de surveillance le pouvoir de décider « le déplacement du siège social dans le même département ou un département limitrophe ». Cette disposition figure parmi celles qui sont consacrées au directoire, qui était investi de ce pouvoir dans le projet de loi. Une intervention du Garde des Sceaux changea la solution en faveur du conseil (25). Il s'agit bien pourtant d'une décision de gestion. On a pris en considération son importance particulière pour l'attribuer à un organe composé d'actionnaires. Mais était-ce nécessaire, puisque, de toute façon, la ratification de la prochaine assemblée générale est exigée ?

Notons d'ailleurs que ce système peut poser des problèmes si l'assemblée refuse son assentiment, et particulièrement lorsque la décision du conseil a été publiée et appliquée. Or, le choix de l'assemblée, comme celui du conseil, est discrétionnaire.

La décision du conseil de surveillance aura un retentissement important vis-à-vis des tiers. Est-ce à dire que le conseil de surveillance peut, dans ce domaine, représenter la société ? Pas nécessairement; il est raisonnable de penser que le directoire devra réaliser le déplacement du siège social, sur les plans externe et interne. Le rôle du conseil doit se limiter à la décision elle-même.

115. — Il est toutefois des hypothèses où le conseil de surveillance peut agir au nom de la société vis-à-vis des tiers. Ainsi lorsqu'il traite avec un futur membre du directoire pour fixer sa rémunération (26). Il s'agit d'un cas marginal, car si l'accord se fait, l'autre partie rentre dans l'ordre interne... De plus, la majorité de la doctrine ne voit pas dans la fixation de la rémunération une convention autorisable (27). Mais cette analyse ne s'applique pas au cas précis de la personne qui va devenir membre du directoire.

Par ailleurs, certains auteurs ont envisagé qu'en cas de litige entre la société et ses représentants (président du directoire, directeur général unique, directeurs généraux), le conseil de surveillance puisse agir lui-même en justice. Certes, le pouvoir de représentation est conféré par le conseil; mais si celui-ci n'est pas satisfait de la prestation des représentants sociaux, il peut leur retirer le pouvoir qu'il leur avait conféré, et même proposer leur révocation à l'assemblée générale.

Dans certains cas, il semble souhaitable de disposer contre les représentants sociaux d'une autre arme que celle de la révocation. En effet, lorsque ceux-ci contrôlent financièrement la société, ils peuvent bloquer toutes décisions à leur encontre. En outre, la procédure de révocation peut n'être pas assez rapide dans certains cas urgents.

(24) Aktg § 111, al. 4.
(25) *J.O.*, Déb. Sénat, 22 avril 1966, p. 255.
(26) Hémard, Terré et Mabilat, t. I, n° 1139, p. 998.
(27) V. plus loin, n° 428.

On pourrait donc reconnaître au conseil de surveillance un droit d'agir en justice soit en responsabilité, soit pour provoquer la nomination d'un administrateur judiciaire.

Le projet C.E.E. attribue au conseil de surveillance la faculté d'exercer l'action sociale (art. 72-1), et l'Aktiengesetz va encore plus loin puisque l'Aufsichtsrat représente la société judiciairement et extra-judiciairement vis-à-vis des membres du Vorstand (§ 112).

Pourtant, le droit français n'a pas besoin de cette solution, qui accentue l'organisation institutionnelle de la société anonyme. En effet, les hypothèses utiles (responsabilité et urgence) peuvent faire l'objet d'action intentée par tout intéressé. Mieux, reconnaître ici la compétence du conseil risquerait de brider les désirs de justice des personnes informées, en faisant le jeu des « contrôlaires » qui dominent le conseil.

115. — Dans l'ordre interne, le conseil de surveillance dispose encore du pouvoir de convoquer les assemblées d'actionnaires, selon l'article L. 158, al. 3.

Deux interprétations erronnées de ce texte doivent être rejetées. D'une part, la compétence du conseil n'exclut pas celle du directoire (affirmée à l'alinéa premier). D'autre part, elle n'est pas non plus subsidiaire : les mots « à défaut », placés au début de l'alinéa deux du texte, ne visent que la convocation par les commissaires aux comptes, les mandataires de minorité et les liquidateurs.

Le conseil entre donc en concurrence avec le directoire. Mais cela n'est pas nécessairement malsain (28), car chacun d'eux a des raisons différentes d'en référer à l'assemblée, qui ne participent pas nécessairement d'un conflit d'organes. Le conseil de surveillance peut, comme le directoire, convoquer l'assemblée extraordinaire et les assemblées spéciales. Il peut aussi, naturellement, convoquer l'assemblée générale ordinaire si le directoire ne l'a pas encore fait. Il existe un délai de trois mois durant lequel les compétences des deux organes sont concurrentes (29). Au-delà, sauf prolongation judiciaire (à propos de laquelle les deux organes pourront éventuellement avoir des vues opposées; mais seul le directoire peut agir au nom de la société), ces deux organes sont fautifs si l'assemblée n'est pas convoquée.

Dans un cas particulier, la compétence du conseil de surveillance est seulement résiduaire. En effet, le soin de réunir l'assemblée qui décide la continuation de l'exploitation sociale en cas de liquidation, revient normalement au liquidateur, et seulement à défaut, au conseil de surveillance, à la demande de tout intéressé (art. L. 416).

117. — Le rôle de gestion — *lato sensu* — du conseil de surveillance s'arrête là. Car il ne peut lui-même approuver les comptes sociaux ou dégager un dividende. Ces pouvoirs restent confiés à l'assemblée des actionnaires, contrairement à la solution germanique et aux tendances des droits anglais et américains (30). Le conseil français ne peut que suggérer à l'assemblée les décisions qu'il aimerait voir prendre; il peut utiliser pour cela les observations sur le rapport du directoire, prévues à l'article L. 128, dernier alinéa. Mais il semble que ces observations ne soient pas toujours utilisées d'une manière critique ni constructive (31).

Le conseil peut aussi utiliser le système des projets de résolution, notam-

(28) Comp. H. LECOMPTE, *Mél. Bastian*, t. I, p. 156.
(29) Comp. art. D. 114 et L. 157, al. 1er.
(30) V. H. CHASSERY, art. préc., n° 9.
(31) PLAISANT et DELAISI, *Encycl. Dalloz*, préc., nos 88 et 89.

ment s'il a convoqué lui-même l'assemblée (art. L. 160). On voit donc qu'à cet égard, il est en position d'égalité avec le directoire devant l'assemblée.

On aurait pu penser que le rôle du conseil de surveillance devait s'accroître en cas de liquidation de la société : l'article L. 404 le maintient en effet en fonctions alors que l'article L. 403 dispose que le directoire cesse ses fonctions lors de la décision judiciaire de liquidation, ou lors de la dissolution si elle est postérieure à cette décision.

Mais l'examen des textes relatifs à la liquidation montre qu'aucune disposition particulière ne modifie le rôle du conseil. On a pu en déduire que, dans cette hypothèse, le conseil continuait sa tâche de contrôle, appliquée cette fois-ci aux liquidateurs, avec en particulier, la possibilité de présenter des observations à l'assemblée sur le compte rendu écrit du liquidateur (art. L. 411). Mais, ajoute-t-on, « le conseil de surveillance n'a pas, en cette qualité, l'initiative de la convocation de l'assemblée de clôture » (art. L. 397).

Il est donc bien clair, en définitive, que le conseil de surveillance dispose de fonctions légales d'une importance nettement moindre que celles du conseil d'administration. Il faut espérer que l'on saisira cette particularité, car malgré tout, le risque d'une extension excessive de l'influence du conseil pèse encore sur la structure nouvelle.

CHAPITRE TROISIEME

RAPPORTS ENTRE LE DIRECTOIRE ET LE CONSEIL DE SURVEILLANCE

118. — L'harmonie des rapports entre le directoire et le conseil de surveillance dépend essentiellement de l'équilibre et de la complémentarité de leurs fonctions. Or il est impossible au législateur de se figurer entre les deux organes un équilibre autre qu'instable, fait d'un ensemble de variables qui exprime à la fois la complexité et la diversité des situations.

Dans ces conditions, le meilleur parti est, d'une part, d'encourager à une collaboration loyale et, d'autre part, d'imaginer des mécanismes destinés à remédier aux éventuels déséquilibres.

Les solutions actuelles ne sont que des esquisses dans ces deux directions. L'apparition de la cosurveillance obligera certainement à une rigueur bien supérieure. Mais, avec le système actuel, même insuffisant, il est difficile de suivre M. Bastian (1) qui, dénonçant certains dysfonctionnements possibles entre le directoire et le conseil de surveillance, conseillait la défiance à l'égard du type nouveau. En tout état de cause, les rapports entre le conseil d'administration et son président sont loin d'offrir une alternative aussi claire.

Section 1 : La collaboration entre le directoire et le conseil de surveillance;

Section 2 : Les conflits entre le directoire et le conseil de surveillance.

Section 1. — La collaboration entre le directoire et le conseil de surveillance.

119. — La collaboration d'organes complémentaires représente un objectif souhaitable, à condition d'être adaptée. Car le danger existe de voir apparaître une collusion, qui mettrait à néant la dualité légale des fonctions.

§ 1. — Collaboration normale.

120. — En temps normal, c'est-à-dire le plus souvent, le conseil de surveillance et le directoire ne mènent pas des actions antagonistes. Au contraire, les membres du directoire sont nommés par le conseil parce qu'ils jouissent de sa confiance. Et le travail du conseil a pour but de faciliter la tâche du direc-

(1) D. Bastian, *J.C.P.* 1968, I, 2183, n° 468.

toire. Il informe, conseille et se livre à une critique constructive. Le directoire, lorsqu'il prend du champ, a besoin d'être appuyé par les représentants des intérêts qui soutiennent la société (actionnaires *stricto sensu,* mais aussi banques, conseillers juridiques et techniques, salariés, etc.). Même les autorisations et le travail du conseil de surveillance sur les comptes tiennent plus de l'aide que de la sanction.

Certaines dispositions donnent d'ailleurs le ton de cette collaboration. L'article L. 128 (al. 4), en imposant au directoire de présenter un rapport au conseil de surveillance une fois par trimestre au moins indique que les deux organes tiendront fréquemment des « réunions plénières » (2). Cela rend plus crédibles les multiples possibilités d'intervention du conseil sur le directoire, qui saisira cette occasion pour demander les autorisations dont il a besoin. Certes, les deux organes continuent alors à prendre leurs décisions séparément; mais les chances du directoire seront plus grandes puisqu'il les défendra lui-même, et au milieu d'une politique globale. Remarquons que rien n'impose ni n'interdit de tenir une réunion plénière lors d'une demande d'autorisation, même en application de l'article L. 143.

Ces réunions plénières ont normalement pour but d'assurer le contrôle du directoire par le conseil. Elles pourraient aussi servir à prendre des décisions conjointes, c'est-à-dire qui seraient de la compétence groupée du directoire et du conseil de surveillance.

De telles décisions n'existent pas légalement. Certes, membres du directoire et membres du conseil de surveillance signent ensemble les déclarations de conformité. Mais il ne s'agit pas d'un pouvoir organique. Notons cependant que, même en dehors de ce type d'engagement, les responsabilités entre les membres des deux organes, quoique différentes, sont étroitement imbriquées.

Est-il possible d'attribuer par voie statutaire certains pouvoirs particuliers à la réunion du directoire et du conseil de surveillance ? Les principes du droit actuel semblent s'y opposer : la séparation des fonctions, le désir de ne pas revenir à la formule classique limitent toute tentative de ce genre. La loi ne réserve aux statuts que le système de l'autorisation, qui ne lie le directoire que dans les rapports internes.

Une décision conjointe aurait justement le grand avantage d'être aussi valable dans l'ordre externe, puisque prise par le directoire !

Mais, en réalité, le directoire n'y serait obligé que par une clause des statuts, et le problème reste le même... Tout au plus pourrait-on admettre la validité de cette codécision en des domaines précis, à la fois importants pour les tiers et le conseil de surveillance. On peut penser ainsi aux questions intéressant les droits des actionnaires et des groupes de sociétés, ou le pouvoir de représenter la société...

Le directoire et le conseil de surveillance se trouvent encore réunis lors de l'assemblée générale ordinaire : le directoire y présente son rapport annuel (art. L. 157, al. 2) et le conseil fait là-dessus ses observations (art. L. 128, dernier alinéa). La présence de l'organe qui n'a pas convoqué n'est théoriquement pas requise lors des autres assemblées. Mais il est difficile d'envisager l'absence d'un des deux organes, notamment du directoire. Bien qu'il puisse compter parmi ses membres des non-actionnaires (sauf réforme envisagée), son rôle de gestionnaire fait qu'il est toujours concerné par les décisions de l'assemblée, même lorsqu'il ne les provoque pas lui-même.

(2) HÉMARD, TERRÉ et MABILAT, t. I, n° 1145, p. 1003.

Enfin, la solidarité des liens et la synchronie du travail entre les deux organes risquent d'être amplifiées par la réduction à quatre ans du mandat des membres du conseil de surveillance, projetée depuis peu (3). Mais les fonctions du directoire cesseraient d'être obligatoirement quadriennales pour durer entre deux et six ans.

§ 2. — Collusion entre le directoire et le conseil de surveillance.

121. — La complémentarité voulue par le législateur disparaît lorsque l'un des deux organes ne remplit plus correctement son rôle différencié. Ce peut être le directoire qui, trop soumis au conseil, ne fait plus qu'exécuter les ordres de ce dernier. Ce peut être le conseil de surveillance qui accorde une confiance démesurée et néglige de contrôler ceux qu'il a nommés.

Ces situations peuvent se produire alors même que chaque organe remplit ses obligations formelles, et faire illusion jusque devant l'assemblée générale. Mais, la plupart du temps, elles s'accompagnent de dérèglements dans le rythme et l'organisation du travail collégial, même lorsque le contenu des statuts de la société prédispose le directoire à la soumission ou le conseil à l'inertie.

I. — La soumission du directoire au conseil de surveillance.

122. — Dans l'état du droit actuel, la soumission du directoire au conseil de surveillance ne peut être que volontaire. En effet, les statuts ne peuvent pas en principe accroître sans limites les pouvoirs du conseil de surveillance. *A fortiori*, le conseil ne peut-il pas, contrairement à certaines pratiques, édicter un règlement qui limiterait la compétence et la liberté d'agir du directoire.

Pourquoi le directoire accepte-t-il de se soumettre ? La réponse réside naturellement dans les phénomènes de domination. Il n'est pas sans intérêt de nommer au directoire des managers disciplinés, téléguidés par un relais du groupe dominateur au conseil de surveillance. Dans les sociétés dominées par une personne ou une famille, l'attrait de ce masque peut également se faire sentir : les « contrôlaires » prétendront en cas de litige, n'encourir que les responsabilités du contrôle.

Cette situation est permise par l'insuffisante autonomie structurelle du directoire et par le laxisme dans la sélection des gestionnaires. Le risque que fait courir la nomination d' « hommes de paille » n'est pas suffisamment grand pour dissuader le conseil de surveillance, et, à travers lui, le ou les dominateurs, d'utiliser ce subterfuge.

Pourtant, objectivement, des moyens existent pour contrecarrer cette attitude. D'abord, on pourrait attaquer en nullité les actes du conseil de surveillance qui seraient de la compétence du directoire. Mais cette action aurait peu de chances d'aboutir dans la mesure où le directoire reprend docilement à son compte les décisions du conseil. Ensuite, et surtout, on peut établir que certains membres du conseil de surveillance se sont comportés comme des dirigeants de fait, et faire peser sur eux la responsabilité maximum. Le recours à l'administration judiciaire semble moins sûr, dans la mesure où la gestion de la société est assurée.

(3) Projet n° 2510, *J.O.*, Documents Ass. Nat., 22 juill. 1976, art. 14.

Subjectivement, le problème vient du fait que personne n'est suffisamment motivé ou informé pour contester les rapports qui se sont établis. Ni les membres du directoire, dont on rétribue correctement la ductilité, ni les contrôlaires, ni les minoritaires, qui, même s'ils ne se désintéressent pas de la marche des affaires sociales, n'ont pas souvent les moyens de situer le pouvoir agissant dans la société.

Il faut donc attendre que le pire se produise, c'est-à-dire la cessation des paiements, ou qu'une plainte soit déposée, car c'est essentiellement à ces occasions que des dirigeants de fait sont atteints.

Dans des circonstances normales, le « salut » ne peut guère venir que des commissaires aux comptes, chargés d'informer l'assemblée et aussi le Parquet, lorsque les agissements fautifs tombent sous le coup d'une infraction pénale. Mais, là encore, on aperçoit que la répartition légale des fonctions n'est que très imparfaitement défendue contre les abus.

Peut-être ne faut-il pas s'en désoler sur le plan de l'efficacité économique. Mais ce genre d'ineffectivité n'est pas toujours tolérable pour la règle de droit elle-même, et surtout, pour les minoritaires.

II. — L'inertie du conseil de surveillance.

123. — L'inertie du conseil de surveillance est apparemment moins grave que la soumission du directoire, car elle ne porte pas directement atteinte à la sécurité des tiers. Mais, en réalité, ces derniers ont le plus souvent avantage à ce que la société fonctionne normalement, à ce que l'action du directoire soit régulièrement contrôlée.

Même si les statuts diminuent au maximum les pouvoirs du conseil (pas de « catalogue », pas de directeurs généraux, etc.), celui-ci reste tenu d'exercer un contrôle permanent de la gestion; s'il ne l'exécute pas, le directoire pourra manœuvrer plus facilement l'assemblée des actionnaires et se livrer à des opérations hasardeuses, voire irrégulières.

Les raisons de l'abstention du conseil de surveillance tiennent essentiellement encore au pouvoir des dominateurs. Disons même que les « hommes de paille » accepteront d'autant plus facilement des sièges au conseil de surveillance qu'ils sauront que la responsabilité y est moindre qu'au directoire.

Ainsi, le risque est grand que de petits entrepreneurs adoptent le type nouveau pour s'y faire nommer directeur général unique, en poursuivant uniquement des objectifs d'ordre social ou fiscal; majoritaires, ils mettent en place un conseil de comparses.

De plus, lorsque le capital de la société est très dispersé, et que les pouvoirs en blanc représentent beaucoup de voix, le directoire peut les utiliser pour dominer l'assemblée et dissuader le conseil de porter atteinte à son autorité.

Notons cependant qu'il sera possible aux actionnaires minoritaires de prendre conscience de l'incurie du conseil de surveillance. La nature et la portée des observations qu'il formule devant l'assemblée, son ardeur plus ou moins grande dans le fonctionnement des assemblées sont des indices assez clairs. Les actionnaires pourront les compléter en demandant directement au conseil, qu'ils ont eux-mêmes nommé, de rendre compte de sa mission de contrôle. S'ils n'obtiennent pas satisfaction, ils pourront encore agir contre l'abus de majorité, caractérisé par la rupture d'égalité et l'atteinte à l'intérêt social.

Mais tout cela suppose que les minoritaires ne trouvent pas d'une façon ou

d'une autre leur intérêt en maintien de la situation. De plus, l'absence de contrôle peut assurer à la société une longue apparence de prospérité. Enfin, ce ne sont pas tant la validité des actes du conseil qu'il est intéressant d'attaquer, mais plutôt la responsabilité de ses membres. S'ils sont insolvables, l'agressivité devra se reporter contre le directoire, véritable auteur des dommages causés à la société.

L'inertie du conseil aboutit en définitive au même résultat que lorsque le conseil se substitue au directoire dans la gestion : dans les deux cas, la gestion se fait sans contrôle.

C'est pourquoi, il faut là aussi espérer que les autres organes de contrôle (commissaires aux comptes, expert de minorité, voire comité d'entreprise) prendront le relais. Mais une différence peut être notée quant à la responsabilité. Les membres du conseil de surveillance paieront sans doute moins cher leurs fautes de contrôle que leur immixtion dans la gestion. Celui qui s'abstient de dénoncer une faute n'est-il pas, pourtant, aussi coupable que celui qui la commet, surtout si son rôle consiste précisément à contrôler ?

Section 2. — **Conflits entre le directoire et le conseil de surveillance.**

124. — Malgré sa qualité intellectuelle, la distinction entre la gestion et le contrôle entraîne un certain nombre de difficultés qui se traduisent par des conflits dans le couple d'organes (4).

A l'état latent, se posent certains problèmes de compétence, qui mettent en jeu les limites des principes de structuration de la société de type nouveau.

Cependant, les conflits les plus fréquents se situent à un autre niveau, qui est celui de l'opportunité de la gestion. Il existe alors des mécanismes particuliers qui sont destinés à rétablir l'équilibre.

§ 1 : Conflits de compétence;

§ 2 : Conflits d'opportunité.

§ 1. — **Conflits de compétence.**

125. — Les conflits de compétence peuvent naître des insuffisances de la loi ou des statuts. Insuffisance légale, lorsque les textes ne précisent pas, à propos d'un acte, quel est l'organe compétent. Insuffisance statutaire, lorsque le pacte social accorde au conseil de surveillance une compétence excessive ou mal formulée.

Pour résoudre ces conflits, on peut songer d'abord à les replacer dans le contexte général de la société anonyme, et l'on se demande alors si l'idée de hiérarchie des organes ne vient pas donner une clé décisive.

En effet, la hiérarchie joue en faveur du conseil de surveillance : ce dernier émane directement de l'assemblée générale (il est donc plus proche de l'organe souverain), il a le pouvoir de nommer le directoire et de proposer sa révocation,

(4) V. H. Lecompte, Etudes de divers problèmes concernant le fonctionnement des sociétés avec directoire, *Mél. Bastion*, t. I, p. 145, spé. p. 154 et s.

il contrôle le directoire et parfois l'autorise. Est-ce à dire, pour autant, que les pouvoirs qui ne sont pas expressément réservés au directoire sont l'apanage du conseil de surveillance ?

Certainement pas, et même, c'est la solution inverse qui prévaut désormais.

Un bref aperçu de l'histoire de l'idée de hiérarchie le fait bien comprendre.

Sous l'empire de la loi du 24 juillet 1867, la hiérarchie commande la répartition des pouvoirs en l'absence de spécialisation statutaire ou légale. Par la technique du mandat, l'assemblée est souveraine et attribue comme elle l'entend tous les pouvoirs non réservés (et ils sont nombreux).

Rapidement, la jurisprudence va atténuer la portée de cette solution, en affirmant l'existence de « règles fondamentales implicites, dominant l'organisation et le fonctionnement des sociétés anonymes ». « L'esprit de ce type de sociétés s'opposait à certaines combinaisons » (5).

La loi du 16 novembre 1940 fait notablement progresser l'idée de spécialisation, toujours au détriment de celle de hiérarchie. L'arrêt Motte, bien qu'affirmant cette dernière, s'appuie exclusivement sur la première pour annuler « une résolution votée par l'assemblée générale, qui, modifiant un article des statuts sociaux, investit le président-directeur général de l'ensemble des pouvoirs attribués jusqu'alors au conseil d'administration » (6).

Si les solutions actuelles relatives au conseil d'administration et à son président n'éclaircissent pas tellement le problème, la répartition retenue dans le type nouveau le supprime en partie. En effet, il n'existe plus de hiérarchie des organes, du moins quant à l'attribution des pouvoirs, entre le directoire et le conseil de surveillance. Car le directoire est investi par la loi de tous les pouvoirs, exception faite de ceux qui sont réservés au conseil de surveillance et à l'assemblée.

On pourrait presque dire que la pyramide s'est renversée. Mais le directoire ne peut pas, pour autant, déléguer ses pouvoirs au conseil ou à l'assemblée générale !

La hiérarchie ne pourrait plus servir que dans un cas : lorsque les deux organes ont la même compétence expresse, mais exclusive, pour le même acte. Nous n'avons pas trouvé d'exemple de cette situation.

Dans ces conditions, il est nécessaire, pour trancher les éventuels conflits de compétence qui restent, de discuter le point de savoir si les actes concernés relèvent ou non de la compétence réservée au conseil par la loi ou les statuts.

I. — Conflits d'origine légale.

126. — Le problème de compétence peut se poser lorsque les textes ne désignent pas l'organe compétent pour effectuer l'opération qu'ils règlementent, et se bornent à désigner « la société ».

Souvent, il s'agit de mesures de publicité (au greffe, au registre du commerce, en bourse, etc.). Il n'y a pas alors de contestation possible : le directoire est responsable de l'exécution de ces mesures, réalisée auprès des tiers par le président ou les directeurs généraux (exemples : art. D. 56, dernier alinéa, publicité du capital social; art. D. 293 et s., publicité comptable).

(5) D. Bastian, note sous Com. 4 juin 1946, *J.C.P.* 1947, II, 3518.
(6) Com. 4 juin 1946, *J. Soc.* 1946, 374; *S.* 1947, 1, 153, n. Barbry; *J.C.P.* 1947, II, 3518, n. Bastian.

Parfois, l'imprécision des textes concerne la réalisation d'opérations qui sont la conséquence logique d'une décision prise par l'assemblée générale. Exemples, en matière d'obligations convertibles en actions, les articles D. 172 à 174, D. 174-10 et 174-12. Cette activité de simple exécution est encore du ressort du directoire, déjà investi par la loi (art. L. 195 et L. 196-1, al. 5) de fonctions de cet ordre.

De même, certaines décisions qui ne participent par nature que de la gestion, sont du ressort exclusif du directoire (par exemple, le dépôt de bilan) (7).

127. — Le problème posé par l'article D. 102 est déjà plus discutable. Qui, dans la société à directoire, désigne le représentant permanent de cette société, lorsqu'elle est nommée soit gérante d'une société en nom collectif ou en commandite, soit administrateur ou membre du conseil de surveillance d'une société anonyme ?

La solution tient dans une distinction, que nous avons déjà eu l'occasion de présenter (8), entre la délégation générale du pouvoir de représentation, qui appartient au conseil de surveillance, et la délégation particulière, qui ne peut être le fait que du directoire.

Le représentant permanent jouit certes d'un mandat général pour tout ce qui touche son poste d'administrateur, par exemple. Mais ce mandat est limité à ce cadre précis. En dehors de lui, il ne représente plus la société. Il s'agit donc, en réalité, d'une délégation particulière, qui peut être conférée par le directoire soit à son président, soit à un directeur général, mais aussi à un autre membre du directoire ou à un tiers, voire à un membre du conseil de surveillance.

128. — Le problème le plus délicat est celui de l'agrément d'un cessionnaire d'actions (9). En effet, si le directoire est chargé, par l'article L. 275 (al. 2), de « faire acquérir les actions » dont la cession est proposée, la loi ne précise pas quel organe prend la décision même de l'agrément : l'article L. 274 parle de « l'agrément de la société », et l'article L. 275 reprend l'expression (« si la société n'agrée pas le cessionnaire proposé »).

Dans ces conditions, il revient aux statuts d'attribuer ce pouvoir. Quelle solution vont-ils choisir ?

On a fait valoir que le directoire était mal placé pour accorder ou refuser l'agrément. D'une part, ses membres peuvent être choisis en dehors des actionnaires. Or, l'agrément « intéresse nécessairement tous les actionnaires ». D'autre part, il serait dangereux de confier le droit d'agrément à une seule personne, c'est-à-dire au directeur général unique, qui pourrait décider en fonction de ses propres intérêts.

(7) R. HOUIN, *Encycl. Dalloz. Sociétés*, v° *Faillite, règlement judiciaire, liquidation des biens*, n° 123. L'éminent auteur distingue la décision de déposer le bilan et l'acte même du dépôt : les deux semblent revenir au directoire ou au directeur général unique. « L'autorisation préalable du conseil ne semble exigée en aucun cas », parce que le dépôt de bilan est une obligation légale lorsque les conditions en sont réunies. S'il fait cependant l'objet d'une autorisation statutaire, la responsabilité pénale pour banqueroute de l'article 131-6 de la loi du 13 juillet 1967 s'appliquera aussi bien aux membres du conseil de surveillance qu'aux membres du directoire (R. HOUIN, *ibid.*, n° 118). Les poursuites engagées contre les membres du conseil pour défaut de dépôt de bilan ont jusqu'ici toujours échoué : Paris 8 juill. 1975, *Gaz. Pal.* 28-29 janv. 1976, n. A. SOLAL; *Rev. Soc.* 1976, n. J. G.; *Rev. Trim. Dr. Com.* 1976, 553, obs. R. HOUIN; Com. 9 mai 1978, *D.* 1978, 419, n. M. VASSEUR; v. n° 458.

(8) V. *supra*, n° 86.

(9) V. A. DU CHEYRON DU PAVILLON, L'agrément d'un associé, th. Bordeaux, 1972, p. 229 et s.

En revanche, confier le droit d'agrément au conseil de surveillance correspondrait bien à la nature de cet organe, exclusivement composé d'actionnaires. Il faudrait alors stipuler le droit d'agrément dans le catalogue des autorisations statutaires (10).

Ces conceptions peuvent être discutées.

En effet, autoriser l'agrément n'est pas agréer. L'autorisation n'équivaut pas au transfert de la compétence d'un organe à l'autre, elle suppose seulement la nécessaire collaboration entre eux deux. Le directoire devra demander l'autorisation du conseil pour agréer, mais il n'est pas tenu de donner suite si la réponse du conseil ne lui convient plus. Stipuler le contraire dans les statuts reviendrait à sortir du domaine des autorisations de l'article L. 128, al. 2.

Cela n'est peut-être pas impossible, car l'article L. 124 (al. 3) énonce une catégorie générale de « dispositions des statuts limitant les pouvoirs du directoire ». Ces dispositions, qui comprennent à coup sûr le « catalogue », pourraient aussi concerner le transfert d'un pouvoir du directoire au conseil de surveillance.

Mais un tel aménagement est discutable au regard de la séparation des fonctions; surtout, il n'aura d'effets que dans l'ordre interne : le directoire aura toujours la responsabilité d'exécuter la décision du conseil, par l'intermédiaire d'un représentant de la société.

Or, sur le plan théorique, on peut soutenir que l'attitude du directoire, contraire à la décision du conseil de surveillance et irrégulière sur le plan interne, serait valable sur le plan externe.

En effet, l'agrément est, au moins pour partie, un acte qui concerne les rapports de la société avec un tiers (11), fût-il candidat actionnaire. Or le directoire est seul compétent pour agir « en toute circonstance » vis-à-vis des tiers, à qui l'irrégularité interne est inopposable.

De plus, l'article D. 204 dispose que « les registres des titres nominatifs émis par une société sont établis par cette société ou par une personne qu'elle habilite à cet effet ». Il y a de fortes chances pour que ce soit le directoire qui réalise le transfert.

Ainsi, le directoire pourrait, contrairement à l'avis du conseil de surveillance, réaliser une cession de contrôle qui le préserverait de l'ire du conseil, prestement renouvelé par la nouvelle majorité. Il ne resterait plus aux anciens membres du conseil de surveillance qu'à intenter une action en responsabilité; si la faute est évidente, le préjudice l'est moins sur l'instant.

Mais cette situation a toutes les chances de ne pas se produire. Si le tiers a eu connaissance des statuts, il pourra difficilement défendre la validité de l'agrément et de la cession. De plus, ce n'est pas forcément le directoire qui pourra réaliser le transfert des actions nominatives.

(10) V. A. du Cheyron du Pavillon, préc.

(11) Préconisée par la majorité de la doctrine (v. R. Roblot, L'agrément des nouveaux actionnaires, *Mél. Bastian*, t. I, p. 290, n° 9 et la p. 22), cette solution est, désormais admise par la jurisprudence (Cass. Com. 10 mars 1976, *D.* 1976, I.R., p. 148; *J.C.P.* 1976, II, 18406, n. A. Rabut; *Rev. Soc.* 1976, 332, n. J.H.; *Gaz. Pal.* 19-21 sept. 1976, n. A.P.S.; *Rev. Trim. Dr. Com.* 1976, 533, obs. R. Houin; *Banque* 1976, 801, obs. L.-M. Martin, *Rev. Jur. Com.* 1977, n. Y. Chartier; *D.* 1977, 455, n. J.-C. Bousquet; *Rép. Refrénois*, 1977, n. J. Derruppé; J.-M. Defrénois, Le dernier état de la jurisprudence en matière de clause d'agrément et de préemption en cas de cession d'actions, *Rép. Defrénois*, 1977, 1481). L'art. 43 du projet 2510 envisage d'adopter un autre système : les clauses d'agrément ne seraient plus permises que dans les sociétés anonymes ne faisant pas appel public à l'épargne, mais pourraient frapper alors les cessions entre actionnaires.

Ensuite, même si l'irrégularité de l'agrément ne peut être sanctionnée par la nullité pour incompétence du directoire (parce que la règle violée n'émane que des statuts — cf. art. L. 360, al. 2, *a contrario*), elle peut être attaquée pour abus de droit : la nullité produirait alor ses effets dans l'ordre externe comme dans l'ordre interne.

Enfin, de telles manœuvres de la part du directoire peuvent constituer un abus de pouvoirs (art. L. 437-4°), voire une escroquerie (art. 405 C. Pén.).

La compétence statutaire du conseil de surveillance est donc une solution sûre, si elle est bien organisée. Pourrait-on soutenir, néanmoins, que le directoire a lui aussi, vocation à être choisi par les statuts pour donner l'agrément ?

129. — Dans ce sens, on peut faire valoir que le directoire se trouve investi par la loi de toute une série de fonctions concernant la structure du capital social. Il est tenu de produire des rapports sur tous les mouvements du capital, il détermine lui-même un certain nombre de modalités, qui influent sur la situation des actionnaires (12). Certes, il décide rarement seul d'une opération, et presque toujours par délégation. Mais ce n'est point alors le conseil qui a la compétence principale, c'est l'assemblée. En outre, le directoire est l'organe social qui se réunit le plus facilement (13).

De plus, si les membres du directoire ne sont pas nécessairement actionnaires, ils le sont en réalité le plus souvent. Le projet n° 2510 voudrait d'ailleurs les obliger à le devenir, s'ils perçoivent des rémunérations importantes (14). En face de cela, la participation des membres du conseil de surveillance peut n'être que symbolique, et c'est souvent le cas.

De toute manière, le directoire procède du conseil et peut être révoqué par l'assemblée des actionnaires sur proposition du conseil. Déplaire lui est risqué, même s'il est prouvé que son acte ne constitue pas un juste motif de révocation.

En outre, il y a peu de raisons de suspecter plus le directeur général unique qu'un organe collégial d'obéir à ses propres intérêts. L'intérêt du dominateur, qu'il soit individu ou groupe, est illégitime, s'il passe avant l'intérêt fonctionnel défini par le cadre de l'opération.

D'ailleurs, l'agrément reste quasi discrétionnaire, car la jurisprudence hésite sérieusement à admettre l'abus d'agrément (15). Le directoire ne serait-il pas plus apte, de par sa stabilité, à résister au dominateur ? N'est-ce pas au niveau de la gestion que l'on peut le mieux juger des méfaits du conservatisme ou de l'expansionnisme ?

On ne peut toutefois aller jusqu'à prétendre que l'agrément par le directoire représente une technique impartiale s'il y a danger de cession de contrôle. Comme des mercenaires, les « managers » pourraient bien utiliser la légendaire souplesse de leur entendement pour changer de camp.

Tout dépendra donc en définitive des intentions de la majorité en place, de son calcul personnel. Elle peut vouloir faire coïncider le contrôle-surveillance avec le contrôle-domination, elle peut préférer s'en remettre à ceux qui connaissent le mieux les nécessités de l'affaire. Mais elle a encore trois autres solutions.

(12) V. *supra*, n° 82.

(13) Cf. R. Roblot, art. préc. aux *Mél. Bastian*, p. 293, n° 13. De nombreux rédacteurs de statuts ont été sensibles à cet aspect.

(14) Projet n° 2510 préc. n. 3; l'art. 123-1 proposé. V. *infra*, n° 310. De plus, un éminent auteur estime que le directoire pourrait être compétent, dans les sociétés à capital variable, pour s'opposer au transfert des actions (Ripert et Roblot, t. I, n° 1639).

(15) V. A. du Cheyron-du Pavillon, th. préc.; R. Roblot, art. préc., n° 14, p. 294.

130. — D'abord, elle peut réserver l'agrément au conseil dans certaines hypothèses seulement, notamment lorsqu'il y a un risque de cession de contrôle : mais ce risque peut facilement prêter à discussion lors de la cession elle-même; les actionnaires étant en principe libres de leur vote, on ne peut affirmer à ce moment qu'il y aura changement de majorité, même si on le pressent (ce qui n'est pas toujours le cas).

Ensuite, les statuts peuvent choisir d'investir l'assemblée générale, ce qui tarit toutes les contestations de principe mais souffre d'un maniement incommode.

Enfin, ils peuvent constituer une commission d'agrément comprenant les membres du directoire et ceux du conseil de surveillance : la décision conjointe sera valable vis-à-vis des tiers et de la société. Encore faudra-t-il se garder de concevoir des conditions de décision qui auraient pour effet de « shunter » l'opinion du directoire en le soumettant à une majorité à laquelle il ne peut absolument pas s'opposer.

Que se passe-t-il, en cas de silence des statuts ? « Il pourrait être soutenu que la clause d'agrément est sans valeur, faute d'un élément essentiel à son application. » (14 *bis*) La plénitude de compétence du directoire vis-à-vis des tiers commande qu'il prenne seul la décision, puisqu'elle n'est pas réservée par la loi au conseil de surveillance. Aux rédacteurs des statuts de mesurer l'importance d'un pareil oubli dans leur cas particulier.

Ii. — Conflits d'origine statutaire.

131. — Ces conflits naissent des stipulations du « catalogue » des opérations de gestion qui doivent faire l'objet d'une autorisation préalable du conseil de surveillance (art. L. 128, al. 2). Car il semble extrêmement délicat de définir les limites de la compétence ainsi accordée au conseil, et donc la réduction acceptable de l'autonomie du directoire.

En faveur d'une conception large, on peut relever d'abord qu'aucune limite n'est apportée par l'article L. 128, al. 2, ni quant au nombre, ni quant à la nature des opérations visées. Tout au plus les statuts doivent-ils les énumérer, ce qui peut exclure les définitions générales (par exemple : les actes de gestion les plus importants).

Ensuite, l'autorisation n'est pas à proprement parler une immixtion dans la gestion. La première initiative revient au directoire, qui dispose, en cas de refus du conseil, d'un recours devant l'assemblée générale (art. D. 100). On peut dire que l'intervention possible de cette dernière diminue l'influence du conseil de surveillance.

En outre, le défaut d'autorisation ne constitue un dépassement de pouvoir que dans l'ordre interne. Le conseil de surveillance n'agit que dans cet ordre, sauf rares exceptions, et les autorisations sont des limites statutaires, inopposables aux tiers (art. L. 124, al. 3).

De plus, il ne dépend pas du conseil d'établir ou de modifier la liste des opérations autorisables, ce qui montre encore que nous ne sommes par en présence de pouvoirs réservés à cet organe par la loi, qui limiteraient efficacement les pouvoirs du directoire vis-à-vis des tiers. L'Aufsichtsrat bénéficie à cet égard de prérogatives plus étendues, puisqu'il peut ajouter lui-même au « Katalog » statutaire.

(14 *bis*) J. DERRUPPÉ, *Cours de droit commercial, licence en droit*, 1977-1978, p. 88.

Il est essentiel de considérer que la source du régime exceptionnel se trouve dans le pacte social. La loi accorde en effet aux statuts un choix fondamental : soit ils entérinent la stricte séparation des pouvoirs du modèle légal, soit ils l'aménagent sur les points, assez nombreux, où elle est supplétive.

On serait donc porté à admettre un « catalogue » plus étendu lorsque les statuts accroissent notablement par ailleurs les pouvoirs du conseil de surveillance.

Est-ce à dire qu'aucune limite objective ne doive entraver la subjectivité statutaire ?

132. — Une telle solution serait excessive car elle équivaudrait au renversement du principe fondamental de la dualité, la disctintion des fonctions de gestion et de contrôle : l'aménagement statutaire ne peut rester qu'une exception, même largement comprise. Il existe une mesure au-delà de laquelle les autorisations deviennent des techniques d'obstruction à l'action du directoire. Celui-ci ne peut plus décider seul, sa position dans la société est affaiblie, et la marche des affaires sociales est, au moins, ralentie, car la procédure peut durer longtemps en cas de recours devant l'assemblée générale, et l'on peut hésiter à admettre que le silence du conseil vaut autorisation.

Il faut donc réserver l'autorisation statutaire aux opérations d'une certaine importance; en outre, puisqu'il s'agit d'un régime exceptionnel, les définitions statutaires doivent être interprétées strictement (16).

133. — Mais la difficulté commence lorsqu'il faut définir objectivement les opérations pour lesquelles une autorisation du conseil ne saurait être exigée, c'est-à-dire, lorsque l'on cherche à déterminer les cas où le directoire peut prétendre qu'il n'y a pas lieu à autorisation. Cette attitude lui permet, certes, de ne pas demander une autorisation, mais aussi de faire tomber un refus, et c'est le seul moyen, puisque le conseil et l'assemblée jugent discrétionnairement.

La recherche d'objectivité peut d'abord se faire au niveau légal. Il faudrait alors circonscrire, en fonction des caractéristiques du directoire, un champ d'activité où son autonomie ne saurait être amputée, une sorte de domaine réservé.

Les restrictions apportées au pouvoir du président du conseil d'administration, qui peuvent prendre la forme d'une autorisation du conseil, ne doivent pas aboutir à enlever au président la direction (16 *bis*). Mais on accordera que cette direction-là est moins entière (définie qu'elle est par rapport à l'administration du conseil), que la gestion attribuée au directoire, seulement bornée par le contrôle du conseil de surveillance. Les autorisations de l'article L. 128, al. 2, doivent être plus exceptionnelles encore que celles du conseil d'administration à l'égard de son président. D'ailleurs les premières sont nécessairement statutaires, alors que les secondes peuvent aussi résulter d'une simple délibération du conseil d'administration — à laquelle participe l'autorise, qui pourra éventuellement faire jouer sa voix prépondérante pour mieux couvrir son choix.

On pourrait aussi être tenté d'utiliser des notions comme « la gestion quotidienne » ou les « affaires courantes », qui constitueraient une limite maximum. Mais le risque semble grand de réduire le directoire au président du conseil d'administration et d'élever le conseil de surveillance à un rang qu'il ne saurait avoir, comparable à celui du conseil d'administration.

Ici, il ne s'agit pas de la même technique : le conseil de surveillance ne se voit pas reconnaître une compétence exclusive pour tout ce qui ne relève pas

(16) Dans ce sens, HÉMARD, TERRÉ et MABILAT, t. I, n° 1101, p. 967.
(16 *bis*) RIPERT et ROBLOT, t. I, n° 1308, p. 799.

des affaires courantes; simplement, il peut être admis à autoriser des opérations qui appartiennent à ce domaine, défini négativement. Autoriser n'est pas gérer, et il n'y a pas de compétence générale, mais une compétence limitée aux opérations précisément définies dans le catalogue.

En outre, il n'est possible de définir une limite maximum à la compétence du conseil de surveillance, sinon en exigeant la précision dans la définition des opérations. Car si la politique générale de gestion doit bien être conçue par le directoire, il correspond entièrement à l'optique de la société anonyme que son engagement dans les faits dépende d'une approbation globale du conseil de surveillance. Le directoire sera « couvert » et agira l'esprit plus libre.

Cela dit, on ne peut se limiter à une définition du domaine des opérations autorisables qui soit valable, *in abstracto,* pour toutes les sociétés à directoire. Reconnaissons, certes de façon mesurée, que la séparation des pouvoirs n'a pas toujours le même visage et les mêmes exigences, et qu'il serait vain de dresser une fois pour toutes la liste des opérations « catalogables ».

Tout au plus peut-on donner un aperçu du contenu le plus courant du catalogue. Il essaie de viser les opérations les plus importantes pour la société et précise assez souvent le minimum d'enjeu financier à partir duquel le conseil de surveillance doit intervenir. Citons entre autres certaines aliénations (immeubles, fonds de commerce, portefeuille d'actions), certaines garanties (hypothèques, nantissements), la création ou la suppression de succursale ou d'établissement, la création de sociétés, la politique des rémunérations et des salaires, et éventuellement, certaines tâches de coordination à l'intérieur d'un groupe de sociétés.

On voit qu'il n'est pas possible de faire l'économie d'une recherche sur l'objectivité propre à la société considérée : pour cela, il faut comparer le catalogue et l'objet social, et l'on fait apparaître quelles compétences réelles du directoire sont limitées par une autorisation : on peut déterminer quel est le principe et quelle est l'exception.

Mais il est difficile d'aller plus loin, par exemple, en évaluant l'importance relative de l'acte en fonction de l'activité réelle du directoire ou de facteurs conjoncturels (variations des cours, austérité ou prospérité des affaires sociales, etc.). Car ce serait soumettre la régularité d'une clause des statuts à des arguments de pur fait et l'insécurité due au catalogue serait encore accentuée.

134. — On serait tenté de voir dans cette insécurité le défaut fondamental de la structure dualiste. Pourtant la solution française nous semble respecter au mieux la distinction des fonctions : elle évite les transferts de compétence, et si elle n'est pas très précise, on ne peut dire actuellement qu'il soit possible d'améliorer les textes.

En effet, malgré sa brièveté, l'article L. 128 écarte toute solution qui aurait pour effet de faire passer au conseil de surveillance tout le pouvoir de décision. Sont irrégulières les clauses qui stipulent qu'à défaut d'unanimité du directoire, la décision sera prise par le conseil (17). De même, on ne peut accepter que l'autorisation du conseil se transforme en ordre : une opération autorisée ne devient pas obligatoire pour le directoire, sans quoi le conseil devient l'organe de gestion. Certes, l'on fait valoir que pour l'article L. 124, al. 3, le catalogue n'est pas la seule disposition statutaire qui puisse limiter les pouvoirs du directoire. Mais la spécialisation des organes commande que les pouvoirs de décision du conseil de surveillance ne relèvent pas de la gestion. Sinon, seule l'autorisation peut être permise, lorsque les statuts l'envisagent.

(17) V. *supra,* n° 52.

Enfin, les solutions des autres droits ne sont pas plus précises. Le projet de société anonyme européenne, après avoir établi un catalogue légal, se contente d'énoncer que le conseil devra autoriser les opérations les plus importantes. Le droit allemand complète une solution semblable en permettant à l'Aufsichtsrat, dans le silence des statuts de définir lui-même les opérations du Vorstand qu'il autorisera. La loi française aboutit à un meilleur équilibre en faveur du directoire, et c'est heureux, car les causes d'inefficacité de la structure sont suffisamment nombreuses par ailleurs.

§ 2. — Conflits d'opportunité.

135. — La plupart des décisions du directoire ne peuvent être attaquées que par des biais, plus ou moins agressifs suivant la tension accumulée entre les deux organes.

Le premier stade de l'escalade consiste à menacer le directoire de contrôler ou de vérifier certains aspects de son activité. Le deuxième stade consiste à mettre à exécution ces menaces... Mais il ne s'agit pas encore de sanctions, même indirectes, et le conseil ne fait que remplir ses obligations. Il en est encore ainsi quand il use de sa troisième arme, en présentant à l'assemblée des observations sévères à l'égard de la gestion du directoire, ou en faisant des « remontrances » lors de la réunion plénière trimestrielle (18).

Ensuite, le conseil peut user de certaines facultés pour intervenir dans la composition ou l'organisation du directoire. Si les statuts le permettent, il va nommer un ou plusieurs membres supplémentaires, il va attribuer ou retirer le pouvoir de représentation. De toute manière, il est en mesure de proposer à l'assemblée la révocation de tout ou partie des membres du directoire.

136. — C'est seulement sur le terrain des opérations autorisables que le conseil de surveillance peut opposer un refus direct à l'organe de gestion.

Mais alors, l'article D. 100 offre au directoire la possibilité de « soumettre le différend à l'assemblée générale, qui décide de la suite à donner au projet ».

Ce texte vise-t-il toutes les autorisations que le conseil de surveillance peut donner au directoire, ou certaines d'entre elles seulement ?

Il semble exclu, d'abord, que l'article D. 100 s'applique aux autorisations de l'article L. 143. Dans cette hypothèse, en effet, l'approbation de l'assemblée générale doit toujours être demandée, à la diligence du président du conseil de surveillance (art. L. 145, al. 2).

Ensuite, l'autorisation de l'article L. 127, al. 2 (cumul de deux postes de membres du directoire ou de directeur général unique), n'est pas accordée au directoire lui-même, mais au membre concerné.

De même, malgré la proximité des deux textes, il est difficile d'admettre un recours contre le refus d'autoriser la répartition des tâches de l'article D.99. D'abord, il ne s'agit pas d'une « opération » dans le sens que revêt ce mot dans l'article L. 128. Ensuite, elle n'est pas décidée par le directoire, mais par les membres du directoire. Enfin, cette autorisation, existant « sauf clause contraire des statuts », correspond beaucoup mieux au rôle du conseil de surveillance, chargé de nommer le directoire et de l'organiser, qu'à celui de l'assemblée générale.

(18) V. H. LECOMPTE, art. préc., *Mél. Bastian*, p. 155.

La compétence seconde de cette dernière sera souhaitable, en revanche, sur les opérations statutaires ou légales de l'article L. 128, al. 2. Elles sont théoriquement les plus importantes de la gestion, il est normal qu'en cas de désaccord, l'assemblée des actionnaires en connaisse.

Il n'existe finalement que deux cas, très limités (19), où le conseil de surveillance peut s'opposer aux membres du directoire (et non au directoire) sans courir le risque d'un appel devant l'assemblée générale. C'est dire combien la loi française, contrairement à la loi allemande, a mesuré le rôle du conseil de surveillance. Mais on doit cependant observer que le conseil peut lui-même prendre l'initiative, puisqu'il a un droit principal (et non subsidiaire) à convoquer l'assemblée (20); cela amène un auteur à envisager, fort pertinemment, des convocations presque concomitantes de la part des deux organes, qui se livreraient à une sorte de « course contre la montre » (21).

Pourtant, le recours de l'article D. 100 conserve une spécificité par rapport aux convocations ordinaires. D'abord, il ne peut être intenté que par le directoire, collégialement.

Ensuite, malgré le laconisme du texte, le délai de recours, doit être assez bref, mais suffisant pour réunir une assemblée générale... ou attendre celle qui sera nécessairement convoquée. Cette lenteur relative peut signifier pour la société la perte d'une bonne occasion, mésestimée par le conseil de surveillance. Mais elle peut être aussi le gage d'une saine réflexion.

Le recours aboutit à ce résultat que l'assemblée prend elle-même la décision, à la place du conseil de surveillance. En l'absence de règle contraire, la majorité simple suffit (art. L. 155, dernier alinéa), car seule l'assemblée ordinaire est compétente (art. L. 155, al. 1er), bien que l'article D. 100 ne figure pas, et pour cause, dans l'énumération de l'article L. 157, al. 4.

La réponse de l'assemblée est-elle du même type que celle du conseil de surveillance ? On peut en douter; car si le conseil ne fait qu'autoriser, l'assemblée « décide de la suite à donner au projet ». Si elle n'est pas tenue de présenter les motifs de sa décision, elle peut modifier le projet ou l'assortir de conditions, et le directoire devra exécuter sa décision.

On voit qu'une telle règle reflète bien le principe classique de la souveraineté de l'assemblée des actionnaires : ce que le conseil de surveillance ne peut faire, sous peine de violer le principe de séparation des fonctions, c'est-à-dire décider à la place du directoire, l'assemblée des actionnaires peut le réaliser.

Toutefois, son intervention reste subordonnée au recours de l'article D. 100, formé par le seul directoire, qui se décidera en fonction des phénomènes de domination qui jouent à l'assemblée et au conseil. Notamment, on peut observer que si le groupe dominant de l'assemblée a son relais soit au directoire, soit au conseil, le recours de l'article D. 100 perd pratiquement son intérêt. Les équi-

(19) Les autorisations des art. L. 127 et D. 99.

(20) V. H. LECOMPTE, préc. p. 156.

(21) H. LECOMPTE, préc. p. 157; cet auteur imagine d'ailleurs la possibilité pour le président du conseil de surveillance de refuser de présider une assemblée convoquée par le directoire; mais ce refus ne serait licite qu'au cas où la convocation n'est pas régulière... Les remèdes conçus pour éviter à la société une concurrence de ce genre sont séduisants : une clause statutaire stipulerait que, en cas de différend, l'avis de convocation, l'ordre du jour et les projets de résolution seraient établis en commun; chaque organe enverrait son propre rapport aux actionnaires, qui auraient le choix entre le directoire et le conseil de surveillance comme mandataires pour le vote à l'assemblée (p. 158 et 159). Une telle égalité ne se conçoit peut-être pas du fait que le directoire est seul considéré dans l'art. D. 100 et que son recours aboutit alors à des résultats spécifiques (l'assemblée prend la décision à sa place).

librages inter-organiques retenus par la réglementation reposent sur le postulat d'un jeu normal des majorités à chaque niveau : le contrôle-domination nous montre que ces constructions sont souvent illusoires. En tout cas, il rend nécessaire une optique globale de la société et de ses organes, il montre que l'efficacité du couple directoire-conseil de surveillance dépend autant de l'ensemble où il s'insère qu'il ne le modifie.

DEUXIEME SOUS-PARTIE

L'INFLUENCE DES NOUVEAUX ORGANES

137. — La greffe du directoire et du conseil de surveillance modifie profondément les relations internes et même, peut-être, la nature de la société anonyme. Imaginons un être dont on aurait changé les mains et renouvelé une partie du cerveau : c'est l'ensemble des équilibres nécessaires à sa vie qui prend un nouvel aspect.

Le mode de structuration choisi retentit en effet sur l'existence des organes maintenus, l'assemblée des actionnaires et les commissaires aux comptes. Ne sont-ils pas investis, eux aussi, sous des formes diverses, de fonction de contrôle ?

L'accent mis sur le problème de la structuration déplace le centre de gravité de la société anonyme : n'assite-t-on pas à un dualisme global gestion-contrôle ?

A ces deux hypothèses, il faut apporter des réponses mesurées.

Titre premier : Influence sur les autres organes;

Titre deuxième : Influence sur la société anonyme dans son entier.

TITRE PREMIER

INFLUENCE SUR LES AUTRES ORGANES

138. — Le directoire et le conseil de surveillance existent nécessairement ensemble dans la société anonyme, et sont exclusifs du conseil d'administration et de son président. Il n'est pas possible d'ajouter un conseil de surveillance à la structure classique, ou de remplacer le « P.D.G. » par un directoire tout en conservant le conseil d'administration.

En revanche, les autres organes de la société anonyme de type classique se retrouvent dans le type nouveau; les assemblées d'actionnaires et les commissaires aux comptes obéissent en principe au même régime, cristallisé dans des textes communs aux deux types de société.

Mais cette identité ne saurait tromper. Car la structuration des deux sociétés diffère suffisamment pour impliquer des changements, en fait et en droit, dans le rôle des organes conservés.

La différence fondamentale se situe au niveau du contrôle : la présence d'un nouvel organe spécialisé dans le contrôle entraîne deux séries d'effets. D'abord, certaines fonctions de contrôle vont changer de titulaire, et d'autres seront exercées concurremment. Ensuite, l'organe de gestion sera plus éloigné des autres contrôleurs dans la mesure où le conseil de surveillance se voit reconnaître une certaine primauté, ou au moins, une primeur dans l'information sur la gestion.

Ce raisonnement devrait valoir aussi vis-à-vis du comité d'entreprise : bien qu'extérieur à la société anonyme proprement dite, il est lui aussi chargé, lorsqu'il existe, d'un certain contrôle de la gestion économique et sociale. Mais il s'agit plus d'une information et d'une suggestion : les pouvoirs du comité ne concurrencent pas ceux du conseil de surveillance. Au contraire, la loi organise entre eux une certaine collaboration, puisque des délégués du comité d'entreprise assistent aux séances du conseil de surveillance. Ajoutons même que l'éventuelle introduction de la cosurveillance augmenterait l'influence modificatrice du conseil de surveillance sur les autres organes de la société anonyme, c'est-à-dire les assemblées d'actionnaires et les commissaires aux comptes.

Chapitre premier : Les assemblées d'actionnaires;

Chapitre deuxième : Les commissaires aux comptes.

CHAPITRE PREMIER

LES ASSEMBLEES D'ACTIONNAIRES

139. — Apparemment, l'adaptation (le « ravaudage », disait M. Pleven) (1) des assemblées d'actionnaires à la structure dualiste n'a nécessité que des retouches de détail.

En effet, la situation de l'actionnaire est identique dans les deux types de société anonyme, sauf en ce qui concerne la garantie due par les actionnaires administrateurs et non exigée des actionnaires membres du conseil de surveillance (art. L. 130) ou membres du directoire (art. L. 120, dernier alinéa). Encore s'agit-il d'une différence bien indirecte.

Alors que le conseil d'administration détient seul la compétence principale en matière de convocation, le directoire la partage avec le conseil de surveillance (art. L. 158). La présidence de l'assemblée est confiée en principe au président du conseil de surveillance et non à celui du directoire (art. D. 146), pourtant plus proche du « P.D.G. ». Cette attribution vient sans doute du rôle honorifique et de l'autorité morale dont jouit le président du conseil de surveillance, formation composée jusqu'ici uniquement d'actionnaires.

Il aurait peut-être mieux valu préciser les droits du directoire en matière d'assistance aux assemblées (2), puisque les membres de cet organe peuvent être choisis en dehors des actionnaires. Mais le rôle joué par le directoire (présentation de la gestion et des comptes, utilisation des pouvoirs en blanc) donne à ce problème une réponse positive implicite, que l'on peut assurer par une clause des statuts. Cette dernière pourrait d'ailleurs consacrer non seulement un droit (utile lorsque la révocation de membres du directoire est proposée à l'assemblée par le conseil) (3), mais aussi un devoir (4).

Enfin, dans un certain nombre de textes relatifs aux assemblées d'actionnaires, le législateur a dû préciser quel organe, dans la structure nouvelle, remplissait les fonctions dévolues dans le type classique au conseil d'administration. D'où la formule type, « le conseil d'administration ou le directoire, selon le cas », qui s'applique dans des domaines où le directoire, organe de gestion quotidienne, est encore mieux adapté, car il s'agit de conception et d'exécution.

140. — Les changements importants ne sont pas là. Ils se situent, plus discrètement dans la rédaction des textes, au milieu des règles relatives au directoire et au conseil de surveillance eux-mêmes, règles auxquelles renvoie l'article L. 157, al. 4.

(1) Après avoir songé à dédoubler tous les textes relatifs aux autres organes, l'Assemblée Nationale a finalement opté pour cette solution, de loin préférable, mais de mise en œuvre parfois délicate. V. *J.O.*, Déb. Ass. Nat., séance du 8 juin 1965, p. 1874; 11 juin 1966, p. 2066.

(2) Comp. Aktg., § 118, al. 2.

(3) J.-J. Caussain, *J.-Cl. Sociétés*, fasc. 133-C, n° 93.

(4) V. R. Sinay, La société anonyme de type nouveau dans le projet de loi français sur les sociétés commerciales, *Gaz. Pal.* 1966, 1, Doctr. p. 50, spé. n° 21. Cet auteur juge préférable la solution allemande, qui va dans ce sens.

Dès la phase d'élaboration parlementaire, cet aspect avait été vu par M. Jean Foyer, garde des Sceaux, qui déclarait : « plus je relis son texte (l'art. 117 du projet, futur art. L. 157) et plus je me convaincs que, l'Assemblée ayant adopté deux types d'organisation, il me semble que l'article ne tient pas compte de ce que l'Assemblée vient d'accorder au conseil de surveillance, dans le type d'organisation n° 2, un certain nombre d'attributions qui sont actuellement exercées dans le type d'organisation n° 1 par l'assemblée générale ordinaire » (5).

Une partie de la doctrine releva cette innovation, pour en regretter tantôt l'excès (6), tantôt la timidité (7). Mais à coup sûr, il s'agit d'un phénomène important (8) dans le droit de la société anonyme tant le droit français est demeuré attaché au dogme de la souveraineté des assemblées d'actionnaires.

Or, précisément, on peut dire que la structure dualiste contribue au déclin de la souveraineté de l'assemblée générale. Corrélativement, elle produit un certain accroissement de la concentration du pouvoir dans la société anonyme, c'est-à-dire qu'elle accentue les phénomènes de domination. Or, si le premier mouvement semble correspondre à une certaine institutionnalisation de la société anonyme, il n'en va pas de même du second. La transformation induite par le couple d'organes nouveaux montre ainsi sa spécificité.

Toutefois, il ne faut pas exagérer la démonstration (9). Il s'agit de mouvements relatifs, de simples tendances, car le droit français s'est montré beaucoup plus circonspect que le droit allemand dans le transfert d'attributions de l'assemblée au conseil de surveillance. Il faut d'ailleurs noter que l'évolution récente du droit germanique consacre un certain regain d'importance de l'assemblée.

La relative faiblesse du conseil de surveillance français semble être une garantie contre la collusion de cet organe avec le directoire, le pouvoir équilibrant de l'assemblée paraît étayer la séparation des pouvoirs : en droit français, le conseil de surveillance se borne essentiellement à préparer les décisions de l'assemblée générale sans se substituer à elle.

Pourtant, le conseil « occupe le terrain » d'une manière tout à fait neuve, et cela suffit, étant donné la passivité de la plupart des assemblées, pour amorcer une évolution, pour commencer d'introduire chez nous, comme on l'a souligné, la théorie de « l'actionnaire passif » (10).

Section 1 : Le déclin de la souveraineté de l'assemblée générale;

Section 2 : L'accentuation des phénomènes de domination.

Section 1. — Le déclin de la souveraineté de l'assemblée générale.

141. — L'assemblée reste souveraine, mais elle l'est moins. Elle conserve la plupart de ses attributions classiques, mais certaines sont amodiées, alors que d'autres sont transférées au conseil de surveillance.

(5) *J.O.*, Déb. Ass. Nat., séance du 8 juin 1965, p. 1874.
(6) D. Bastian, *J.C.P.* 1968, I, 2183, n°s 468 et s.
(7) R. Houin et F. Goré, *D.* 1967, Chron. p. 121, spé. n° 43.
(8) V. R. Sinay, art. préc., n°s 6, 14 et s., Hémard, Terré et Mabilat, t. I, n° 1052, p. 928 et s.; H. Chassery, Les attributions du conseil de surveillance, *Rev. Trim. Dr. Com.* 1976, p. 449, spé. n° 1.
(9) Dans ce sens mesuré, Hémard, Terré et Mabilat, réf. préc.
(10) H. Chassery, art. préc., n° 2, *in fine*.

On peut encore dire que l'assemblée des actionnaires est souveraine parce que les attributions qui lui restent sont fondamentales.

Au niveau extraordinaire, elle rédige et modifie les statuts : c'est elle qui constitue la société, choisit la forme sociale et le type de gestion. Si l'assemblée se juge trop dessaisie de ses pouvoirs dans la structure dualiste, elle peut décider, en modifiant les statuts, de venir ou de revenir au type ancien de gestion. Ni dans un sens, ni dans l'autre, il ne s'agira d'une transformation exigeant une contribution fiscale et les conditions des articles L. 236 et suivants. De plus, les statuts ont un pouvoir important en matière de fonctionnement et de répartition des fonctions dans l'ordre interne, et un pouvoir quasi exclusif sur les modifications du capital.

Au niveau ordinaire, les compétences financières de l'assemblée touchent à l'essentiel des activités sociales. Contrairement à son homologue allemande, c'est l'assemblée ordinaire et elle seule qui approuve ou rejette les comptes de l'exercice; elle peut même les amender (11). De plus, elle décide de la répartition des bénéfices.

Enfin, l'assemblée ordinaire conserve le pouvoir de nommer et révoquer les organes de contrôle (le conseil de surveillance — art. L. 134 et L. 137, al. 4 — et les commissaires aux comptes, art. L. 223 et 227).

Pourtant, la position de l'assemblée générale en présence d'un directoire et d'un conseil de surveillance est moins éminente qu'en présence d'un conseil d'administration, surtout d'avant 1966. Ce déclin se traduit dans la forme par la réduction de certains pouvoirs de l'assemblée; dans le fond, il correspond au renversement de certaines conceptions fondamentales de la société anonyme.

§ 1 : La réduction des pouvoirs de l'assemblée générale;

§ 2 : Le renversement de certaines conceptions fondamentales de la société anonyme.

§ 1. — La réduction des pouvoirs de l'assemblée générale.

142. — L'existence du conseil de surveillance, organe composé d'actionnaires, devait fatalement réduire l'importance de l'assemblée. Le conseil est chargé du contrôle permanent de la gestion, que l'assemblée ne peut réaliser, et par là il s'interpose entre l'assemblée et l'organe de gestion qu'est le directoire. L'assemblée voit donc diminuer sa tâche de contrôle et s'accentuer l'éloignement entre elle et la gestion.

I. — L'assemblée contrôle la gestion après le conseil de surveillance.

143. — Quoique toujours essentielles, puisque comprenant l'approbation des comptes, les fonctions de contrôle de l'assemblée des actionnaires ne peuvent plus avoir la même importance ni la même densité lorsque le conseil de surveillance a correctement (et même !) rempli sa mission.

(11) V. Rép. Min. Just. à M. Bénard, *J.O.*, Déb. Ass. Nat., 15 janv. 1972, p. 105; *Rev. Soc.* 1972, p. 552, à M. Arnaud, *J.O.*, Déb. Ass. Nat., 15 janv. 1972, p. 106; *Rev. Soc.* 1972, p. 380; — 6 avril 1972, même *J.O.*, p. 819; *Rev. Soc.* 1972, p. 786; *Rev. Trim. Dr. Com.* 1972, p. 412.

Il faut en effet voir l'activité normale de la société comme une dialectique entre les décisions du directoire et les appréciations du conseil, menée au rythme rapide d'une confrontation tous les trois mois au moins. Le directoire a tout intérêt à se conformer aux critiques du conseil, et lorsque vient l'assemblée ordinaire, celle-ci n'a, le plus souvent, qu'à entériner les observations du conseil sur le rapport du directoire.

On peut s'étonner, à ce propos, du silence de la loi sur la façon dont le conseil de surveillance doit rendre compte de sa mission à l'assemblée. Le conseil est seulement tenu de faire des observations sur la gestion et les comptes présentés par le directoire. N'est-ce pas limiter sa propre disponibilité au contrôle et accentuer ainsi l'opacité de la gestion par rapport aux actionnaires ?

En particulier, il serait souhaitable que ces derniers puissent juger de la façon dont le conseil a choisi et recueilli ses renseignements, car ils sont, avec ceux que fournissent les commissaires aux comptes, l'essentiel dont dispose l'assemblée pour apprécier le rapport du directoire. En outre, le conseil devrait préciser ses motivations dans l'exercice de celles de ses fonctions qui ne participent pas exclusivement du contrôle.

Certes, l'on dira que les membres du conseil de surveillance sont révocables *ad nutum* par l'assemblée statuant à la majorité simple (alors que les trois quarts du capital sont exigés pour révoquer un membre de l'Aufsichtsrat). L'Assemblée peut dont tout exiger d'eux, et il n'est même pas nécessaire de faire appel à la théorie du mandat pour expliquer ce devoir de rendre compte.

Pourtant, il existe une pente naturelle dont il est préférable de prévenir les effets en précisant les obligations du conseil vis-à-vis de l'assemblée : on l'incitera de cette façon à mieux contrôler le directoire et à permettre un meilleur contrôle de l'assemblée. Les statuts peuvent sur ce point compléter la loi, afin que l'assemblée ne s'en remette pas trop facilement au conseil dans ses appréciations.

144. — Quoi qu'il en soit, l'assemblée devra par elle-même tirer les conséquences de la surveillance exercée par le conseil : ce dernier ne peut se livrer qu'à un contrôle-appréciation, il n'a pas les moyens de sanctionner directement le directoire.

Mais les statuts peuvent en partie lui donner ce moyen. Le système des autorisations statutaires permet en effet au conseil de surveillance de faire directement obstacle à la politique du directoire. Dans cette hypothèse, le conseil de surveillance apparaît clairement comme la première instance du contrôle, l'assemblée ne statuant en quelque sorte qu'en appel.

Cette situation est bien significative des tendances de la répartition des fonctions entre le conseil et l'assemblée. On ne peut pas dire que, sur le plan du contrôle, l'assemblée perde ses pouvoirs. Ils sont simplement réduits, plus ou moins fortement suivant les cas. Parfois, cela résulte d'une décision de l'assemblée elle-même, rédigeant les statuts. Dans d'autres cas, la procédure instituée par la loi fait intervenir l'assemblée après le conseil, et parfois cette procédure est prévue par les statuts.

Certaines attributions du conseil ne sont même exercées ni supplétivement, ni sous la menace d'un recours à l'assemblée : La fixation de la rémunération des membres du directoire (art. L. 123), la répartition de celle des membres du conseil (art. D. 118), la création de commissions et de mandats (art. D. 115), l'autorisation du cumul des sièges de membre du directoire (art. L. 127, al. 2).

Cela dit, le conseil intervient dans la plupart des cas en première instance, et cela ne suffit pas à réduire l'assemblée au rôle de simple « collège électoral »,

comme c'est le cas en Allemagne ou aux Etats-Unis (12). C'est à d'autres égards que la tendance au déclin de l'assemblée générale s'affirme le plus nettement.

II. — L'influence de l'assemblée sur l'organe de gestion s'amenuise.

145. — Classiquement, l'un des attributs principaux de la souveraineté réside dans le choix des personnes.

Or, ce n'est pas l'assemblée qui nomme les membres du directoire, ni leur président, ni le directeur général unique, ni les directeurs généraux.

Elle ne peut pas non plus les révoquer seule : il faut que le conseil propose la révocation. Et même si la double décision ne fait pas de problème en son principe, le conseil étant révocable *ad nutum* par l'assemblée, celle-ci peut être dissuadée dans son projet par le coût de la révocation (13).

Des raisons diverses ont servi à justifier cette atteinte à la souveraineté de l'assemblée.

D'une part, on a fait valoir qu'il était plus commode au conseil de nommer le directoire, et que le conseil, suivant de plus près les affaires sociales était plus apte à apprécier l'opportunité des candidatures. Il s'agit d'une conception élitiste du contrôle, qu'on peut discuter, mais qui semble se fonder sur une expérience incontestable.

D'autre part, on a voulu assurer la stabilité et l'autonomie du directoire en exigeant une double décision et en sanctionnant pécuniairement la révocation injustement motivée.

Ces raisons laissent en partie sceptique.

L'argument de commodité vaut surtout pour le remplacement des membres du directoire en cas de vacance. Autrement, pourquoi l'assemblée ne nommerait-elle pas aussi les membres du directoire (14) ? Il y a au moins une assemblée par an. On ne peut sérieusement opposer à cette solution la différence de la durée des fonctions (quatre et six ans, qui risque de disparaître prochainement) (15), ni le désir d'assurer entre le directoire et le conseil de surveillance une « symbiose de conceptions » (16) : l'assemblée est à même d'installer deux équipes complémentaires.

Quant à l'argument tiré de la stabilité, il peut être retourné, dans la mesure où l'autonomie du directoire a surtout besoin d'être assurée par rapport au conseil de surveillance. Procéder de la même source peut introduire entre les organes une certaine égalité qui est loin d'être incompatible avec les fondements de la structure dualiste. Et l'autonomie la plus efficace et la plus juste serait mieux assurée par l'exigence d'une faute de gestion pour justifier la révocation des membres du directoire, ou seulement leur révocation sans indemnité.

Force est donc de reconnaître que la raison la plus probable de ce transfert de compétence est ailleurs. Ne s'agit-il pas de sanctionner les insuffisances de

(12) RIPERT et ROBLOT, t. I, n° 1220.

(13) Comp. M. D. CRUÈGE, La dualité des organes de contrôle dans les sociétés anonymes à directoire, *Rev. Soc.* 1975, 421, spé. p. 434.

(14) Dans ce sens, v. D. BASTIAN, *J.C.P.* 1968 I,, 2183,n° 469.

(15) Projet n° 2510, *J.O.* du 22 juill. 1976, Documents et Annexes, Ass. Nat., p. 9.

(16) Cette jolie formule est empruntée au Tribunal de Commerce de Paris, qui en usa pour justifier la révocation sans indemnité d'un président du directoire, après un simple changement de majorité (5 juil. 1972, *Gaz. Pal.* 1973, 1, p. 298, n. DELAISI; *Rev. Soc.* 1973, 668, n. J.-J. BURST; *J.C.P.* 1974, II, 17743, n. H. M. SYNVET. *Rev. Trim. Dr. Com.* 1973, 575, obs. R. HOUIN; v. *infra*, n° 388).

l'assemblée générale, son inutilité pour certaines procédures ? Si l'on invoque l'attraction du modèle allemand, celui-ci n'hésite pas à justifier les pouvoirs de l'Aufsichtsrat par sa méfiance devant l'assemblée des actionnaires et sa confiance envers les gestionnaires et les contrôleurs spécialisés.

Il était normal que les premières atteintes à la souveraineté de l'assemblée se situent sur le terrain de la nomination des organes de gestion : cette réduction des pouvoirs correspond plus à un éloignement de la gestion quotidienne qu'à une diminution des fonctions de contrôle. L'assemblée, lourde machine, qui fonctionne épisodiquement, doit se cantonner aux vues d'ensemble, surtout *a posteriori*.

Notons toutefois que dans une hypothèse très marginale l'assemblée conserve un pouvoir direct et complet sur les auteurs d'opérations de gestion : lorsqu'elle use de la faculté prévue à l'article D. 67, dernier alinéa, de donner mandat à un ou plusieurs membres du conseil de surveillance de prendre des engagements pour le compte de la société. Mais cela s'explique par le fait qu'à ce moment, ni le directoire, ni la société n'existent légalement.

§ 2. — Le renversement de certaines conceptions fondamentales de la société anonyme.

146. — Mieux encore que la société anonyme de type classique, la société à directoire illustre deux tendances qui dérivent directement de l'évolution économique. La première tendance correspond à la concentration des pouvoirs. La seconde dénote l'influence grandissante de l'entreprise, lieu privilégié des tensions socio-économiques.

Les conceptions juridiques évoluent parallèlement : l'assemblée des actionnaires devient un organe spécialisé dans la société anonyme, et risque bientôt de l'être dans l'entreprise. Elle conserve par ses pouvoirs propres un degré hiérarchique supérieur, mais elle n'est plus investie de la plénitude des pouvoirs.

I. — L'assemblée, organe spécialisé de la société anonyme.

147. — Comme pour les autres organes de la société anonyme, la loi détermine les pouvoirs des assemblées d'actionnaires (art. L. 153, 154, 155, 157). Certes, l'article L. 155 use d'une formule large (« l'assemblée générale ordinaire prend toutes les décisions autres que celles visées aux articles L. 153 et 154 »). Mais cette formule vise tous les pouvoirs accordés par d'autres textes à l'assemblée générale sans précision de niveau, et sert à limiter les compétences de l'assemblée extraordinaire : tous les pouvoirs de l'assemblée qui n'appartiennent pas à cette dernière sont conférés à l'assemblée ordinaire.

Comprendre autrement l'article L. 155 serait téméraire : d'une part, l'article L. 157 se livre à une énumération des fonctions de l'assemblée ordinaire dont on voit mal l'intérêt si elle n'est limitative. D'autre part, et surtout, il serait illogique qu'ayant déjà attribué une plénitude de compétence au directoire (ou au conseil d'administration et à son président), le législateur récidive avec l'assemblée générale ! La meilleure preuve en est que le directoire exerce ses pouvoirs sous réserve de ceux de l'assemblée, qui sont donc forcément limités. Autrement, la répartition légale ne signifierait plus rien du tout.

La loi de 1966 opère donc, encore plus nettement que celles de 1940 et 1943, un renversement de la pyramide des pouvoirs. L'idée maîtresse en était

dès l'origine la concentration du pouvoir et des responsabilités. L'on peut dire que ce mouvement s'accentue encore avec la société de type nouveau.

Certes, il n'y a pas de polarisation sur la seule personne du président du conseil d'administration. Mais les responsabilités et les pouvoirs de la gestion sont confiés à une équipe ne dépassant pas cinq membres, alors que le conseil d'administration, investi des mêmes pouvoirs, peut compter jusqu'à douze membres, voire vingt-quatre !

Surtout, la société à directoire concentre les pouvoirs du contrôle, grâce à son organe spécialisé, le conseil de surveillance. La nécessité est reconnue de mobiliser des compétences particulières, aux deux niveaux dégagés dans la structure nouvelle.

Ainsi, le directoire a plénitude de gestion et le conseil tend à avoir plénitude de contrôle. Cette répartition cantonne l'assemblée dans un rôle précis. Dans la société à directoire, elle apparaît très nettement comme le recours du contrôle. Le conseil prépare les décisions de l'assemblée, voire décide lui-même avec elle.

Mais, par ailleurs, l'assemblée conserve ses attributions financières, qu'elle exerce à la lumière du contrôle fait par le conseil. Et son rôle ne se limite pas à l'adhésion ou au refus, elle peut elle-même proposer, amender, modifier.

En réalité, on peut estimer que la société de type nouveau caractérise un éclatement du contrôle des actionnaires; le travail le plus important est confié au conseil, sorte d'assemblée modèle réduit, mais les décisions les plus importantes restent à l'assemblée tout entière. Pour cela, on s'approche d'une division entre la gestion, confiée au directoire et le contrôle, confié au conseil et à l'assemblée, deux organes spécialisés.

148. — Mais, objectera-t-on, l'assemblée générale extraordinaire a le moyen de bouleverser la répartition légale des fonctions, et, en particulier, d'attribuer à l'assemblée ordinaire des pouvoirs limitant ceux du directoire, sans être tenue d'observer la distinction fondamentale entre la gestion et le contrôle. L'assemblée peut donc avoir plus de pouvoirs que le conseil de surveillance, cela prouve encore mieux sa souveraineté !

L'objection n'est pas très réaliste, autant que les rédacteurs des statuts qui obligeraient l'organe de gestion à en référer trop souvent à l'assemblée. Le risque d'un blocage de l'activité sociale est trop évident.

Surtout, l'organisation statutaire des pouvoirs n'est valable que dans l'ordre interne. Toute autre que la répartition légale est inopposable aux tiers. Certes, les conflits qui peuvent naître tourneront en définitive le plus souvent à l'avantage de l'assemblée ou du moins, de sa majorité. Mais leur coût en fait une excellente arme de dissuasion au profit du directoire, dont l'autonomie est par ailleurs renforcée par la stabilité de ses membres.

Enfin, même en matière de fonctionnement des organes, si l'assemblée extraordinaire garde l'essentiel de la conception, on peut noter une recrudescence des dispositions orientant les rédacteurs des statuts en fonction des impératifs propres de la société à directoire, et une absence d'initiative de l'assemblée ordinaire (au profit du conseil de surveillance).

Il existe donc dans la société de type nouveau une forte résistance structurelle à ce qu'on pourrait appeler l'immixtion de l'assemblée dans la gestion; une telle expression montre, autant qu'elle est plausible, que l'on s'oriente vers une spécialisation de l'assemblée dans le contrôle, et un contrôle en deuxième position. Mais la nature de sa compétence réservée en fait un organe hiérarchiquement supérieur, sur des points précis (notamment les révocations et le contrôle

des comptes), et sa spécialisation porte sur des opérations financières déterminantes pour la gestion (mouvements du capital, emprunts obligataires, etc.).

Cela dit, le déclin de l'assemblée, nécessairement limité pour des raisons tenant à la société anonyme, peut s'accentuer pour des raisons tenant à l'entreprise.

II. — L'assemblée des actionnaires, organe spécialisé dans l'entreprise.

149. — L'entreprise tend à devenir le terrain d'élection où les conflits socio-économiques sont, sinon résolus, du moins « juridicisés ». Or, ces conflits se présentent de la façon la plue aiguë dans les grandes unités de production, qui sont le plus souvent gérées par des sociétés anonymes.

Certes, on est loin d'une coïncidence étroite entre les unités de production, les grandes entreprises et les sociétés anonymes. Pourtant, c'est la société anonyme qui serait choisie pour tenter l'expérience de la cosurveillance.

La cosurveillance institutionnalise le mélange de l'entreprise et de la société, jusqu'alors assez nettement séparées. Elle consiste à introduire dans un organe de la société, le conseil de surveillance, des membres nommés en raison de leur appartenance à la seule entreprise.

Cela signifie qu'il existerait deux collèges d'électeurs pour les fonctions de surveillance et, à travers elles, les fonctions de gestion. Le premier collège serait constitué par le personnel de l'entreprise, subordonné au directoire. Le second n'est autre que l'assemblée des actionnaires. Le facteur travail prendrait une place de nature comparable à celle du facteur capital sans passer sous les fourches caudines de l'actionnariat.

Ainsi l'assemblée des actionnaires se trouve-t-elle à nouveau diminuée par la nécessité du partage avec le personnel de l'entreprise. Bien plus, elle se trouve dépossédée, sur le plan mythique, de son avantage fondamental : jusqu'alors c'était elle qui incarnait l'organisation démocratique des affaires (17). Désormais, ce tout-puissant modèle n'est valable que s'il intègre aussi les travailleurs.

150. — De cette perspective, il importe de ne tirer à présent que les conséquences relatives à l'assemblée générale. On peut discerner une évolution à deux termes.

A court terme, l'on voudra conserver à la société anonyme son caractère attractif pour les capitaux, et l'on réservera aux actionnaires des pouvoirs importants. Le premier consiste à choisir la formule même de la cosurveillance, mais seulement par voie statutaire. Les autres, l'assemblée en jouit déjà, du moins potentiellement, dans la plupart des cas. En effet, dès maintenant, l'on peut remarquer que les pouvoirs conférés au conseil de surveillance se prêtent à un éventuel repli sur l'assemblée générale. Presque toutes les fonctions du conseil sont exercées sous le contrôle direct de l'assemblée ou dépendent d'une clause des statuts. Lorsqu'elles sont réduites au minimum, elles comprennent très peu d'interventions directes sur le directoire qui ne soient pas rétractables par l'assemblée.

(17) Ce thème garde une valeur mythique, mais son inexactitude juridique a été depuis longtemps démontrée (RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne;* RIPERT et ROBLOT, t. I, n° 1029).

Dans ces conditions, il est facile à l'assemblée générale de faire retraite à son profit des pouvoirs concédés autrefois à un conseil exclusivement composé d'actionnaires. Et l'on peut dire que le partage avec le facteur travail, s'il porte atteinte à la souveraineté de l'assemblée, risque fort d'entraîner un renforcement de ses pouvoirs effectifs.

Cependant, à plus long terme, il semble que cette configuration ne puisse évoluer que dans un sens défavorable aux actionnaires. Le législateur sera tenu d'assurer la réalité de la cosurveillance, sous peine de subir comme régression ce qu'il a voulu progrès.

L'expérience allemande montre que le système ne peut tenir que si l'influence réelle des salariés (leur part numérique, mais aussi les pouvoirs de l'Aufsichtsrat) se fait sentir dans l'entreprise.

Dès lors, le rôle de l'assemblée ne peut que diminuer, d'autant qu'à ces raisons de politique sociale se joignent des raisons de politique financière. Dès maintenant, le volume des obligations émises est près de six fois supérieur à celui des actions. Les obligations convertibles et échangeables connaissent un succès très limité. Et il est devenu banal de noter que de très nombreux actionnaires ne sont que des bailleurs de fonds.

Ainsi se dessine l'avenir de l'assemblée générale : elle représentera, plus que le propriétaire de l'entreprise, une réunion de créanciers d'un type particulier, et son droit de regard sera limité aux questions financières qui expriment le mieux son lien avec la société (18). Ses prérogatives s'éloigneront progressivement de la gestion proprement dite.

Naturellement, cette estimation postule l'échec des diverses tentatives destinées à ranimer la flamme participatrice des actionnaires. Mais la cosurveillance réelle ne le suppose-t-elle à terme ?

L'élément qui permet le plus de doute, sur cette question, réside dans les phénomènes de domination, ou, si l'on préfère, de contrôle (au sens anglo-saxon).

Section 2. — **L'accentuation des phénomènes de domination.**

151. — La domination peut être définie comme la maîtrise des biens sociaux. Dans la théorie de départ, elle échoit à la majorité en capital, dégagée dans l'assemblée des actionnaires (19), dont elle utilise les fonctions prééminentes.

Mais la domination n'est pas un phénomène unitaire. Elle utilise les nombreuses brèches ouvertes par les insuffisances du principe majoritaire, et dans son exercice, elle n'est pas nécessairement majoritaire, ni capitaliste. Elle varie suivant la dispersion du capital, l'attention portée à la société par les actionnaires, le type de décision prise, etc. Elle peut s'exprimer positivement par une décision majoritaire, ou négativement, par blocage. Le capital détenu peut être de beaucoup moins important que le capital contrôlé : le groupage « pyra-

(18) VIGREUX, *Le droit des actionnaires dans les sociétés anonymes*, Paris, 1953; C. CHAMPAUD, *Le pouvoir de concentration dans la société par actions*, B.D.C., n° 5. La distinction entre l'actionnaire intéressé à la gestion et l'actionnaire bailleur de fonds est désormais très répandue, mais elle ne correspond pas directement au droit positif. Nous en parlons ici comme d'une évolution envisageable.

(19) Il faut naturellement faire une exception ici pour l'assemblée constitutive dont les règles de vote sont tout à fait particulières (art. L. 82).

midal » de plusieurs sociétés, les règles de quorum et de majorité, la collégialité des organes peuvent contribuer à faire d'un constructeur habile mais encore peu riche d'actions, le maître véritable, et souvent caché, de la gestion sociale.

Quels que soient les moyens qu'elle utilise, la domination peut avoir deux sortes d'effets, contraires mais également défavorables aux actionnaires non dominants : d'une part, elle peut concentrer à l'excès le contrôle, ce qui tend à le faire déborder de son rôle; d'autre part, elle peut aboutir à une neutralisation du contrôle, lorsque le directoire commande la société.

Ces situations peuvent s'analyser chacune comme une ineffectivité de la répartition des fonctions. Mais elles proviennent le plus souvent de l'absence d'autonomie de la société elle-même, inscrite au milieu d'un groupe.

§ 1. — La concentration du contrôle.

152. — La société anonyme constitue, classiquement, le terrain d'élection de la concentration économique : ses structures accueillent cette concentration, et même la provoquent, comme on l'a montré.

La même tendance se retrouve avec le type nouveau, mais elle est encore amplifiée du fait de la spécialisation accrue des organes : ce n'est plus seulement la gestion qui est confiée à une petite équipe, c'est aussi le contrôle.

A certains égards, on peut se féliciter de cette situation.

Sur le plan économique, la facilité et la clarté des opérations de concentration est nécessaire à une évolution qui se présente comme inéluctable. La puissance industrielle et financière semble demeurer une condition de la santé de l'économie.

Or, la structure nouvelle paraît se prêter mieux que d'autres à certaines combinaisons de concentration. Ainsi, elle convient parfaitement aux sociétés holdings, car les dirigeants des filiales (les actionnaires « directs ») peuvent se retrouver au conseil de surveillance.

On assure ainsi un profitable courant d'échanges avec le directoire qui définit les lignes d'ensemble financières. Mais alors, le rôle de l'assemblée s'efface presque complètement, le conseil, se suffisant à lui-même, n'en réfère plus à elle que formellement. Il est certes plus facile d'assurer d'en haut la coordination d'un groupe au sein d'un collège de douze membres que dans une assemblée d'actionnaires.

De toute manière, les actionnaires minoritaires des sociétés contrôlées ne seraient représentés ni à l'assemblée ni au conseil de la holding. Ils ne peuvent se défendre que dans le cadre de leur propre société, sauf défaillance de l'ensemble qui peut entraîner des procédures collectives en chaîne.

Dans leur société, les actionnaires minoritaires disposent d'un certain nombre d'armes, désormais classiques. Ils peuvent notamment faire convoquer l'assemblée (art. L. 158, al. 2, 2°) et attaquer ses décisions pour abus de droit, avoir recours à un expert judiciaire (art. L. 226), proposer des candidats au conseil de surveillance et faire des projets de résolution (art. L. 160).

Mais ces pouvoirs pâtissent de la perte d'influence de l'assemblée générale, qui n'est plus au premier rang du contrôle, et à qui le conseil peut présenter avec critique habile de la gestion.

Les actionnaires minoritaires, normalement exclus de l'organe de contrôle qu'est le conseil de surveillance, seront moins bien renseignés et n'auront aucune

influence sur la nomination du directoire. A terme, leur rôle deviendra moins important que celui des représentants du personnel.

L'expérience allemande montre d'ailleurs comment les Aufsichtsräte peuvent servir de relais à un réseau complexe d'influences, assujettissant la société non à un seul groupe, mais à une sorte de nébuleuse économique et financière, dont la puissance court-circuite les assemblées d'actionnaires. Ce sont tout naturellement les banques qui profitent le plus de cette imbrication d'intérêts, mais la notion même de banque doit être prise dans un sens ouvert.

La parade n'a été trouvée qu'au niveau des Konzern, et très partiellement, Les dispositions françaises relatives aux cumuls de postes ou à la représentation des personnes morales ne font qu'effleurer la surface du phénomène, qu'il vaut sans doute mieux prendre par l'autre bout, c'est-à-dire la protection des minoritaires.

Entre autres, on peut songer à assurer la participation de ces derniers à l'organe de contrôle. Ce n'est possible actuellement que si la volonté majoritaire ponctuellement définie aux cours d'une élection en décide ainsi. Il n'est pas possible de convenir dans les statuts d'une affectation des postes qui supprimerait pour l'avenir une part de la liberté de vote des actionnaires. A moins d'admettre un scrutin à la proportionnelle.

Les règles de l'assemblée générale finissent donc par se retourner contre elle, ou plutôt contre l'intérêt de ceux de ses membres qui n'ont pas partie liée avec le pouvoir « concentré ». Dans un groupe de sociétés, l'assemblée ne pourra, le plus souvent, qu'enregistrer les volontés du conseil qui contient les actionnaires les plus importants.

§ 2. — La neutralisation du contrôle.

153. — La liberté de l'assemblée des actionnaires peut être limitée, sous certaines conditions, par les techniques, classiques et très diverses, des conventions de vote (20). La plupart ont pour effet de stabiliser le contrôle exercé par l'assemblée et, par voie de conséquence, celui auquel se livre le conseil de surveillance.

En principe, les incidences des conventions sont comparables pour les deux types de société anonyme. Mais on peut relever des effets particuliers à la structure nouvelle dans la mesure où ces conventions peuvent assurer indirectement la suprématie du directoire ou du conseil de surveillance. Encore le jeu organique est-il là très secondaire, le rapport de forces dépendant surtout de la nature des décisions à prendre, de l'objet des conventions et de la composition des organes.

Toutefois, il est un élément structurel plus facilement saisissable dans un type particulier de convention de vote, qui est le mandat en blanc (21). Il s'agit d'un mandat de voter à l'assemblée générale, qui ne comporte ni le nom du mandataire, ni le sens du vote. Cette pratique, qui constitue une forme de renon-

(20) V. A. Tunc, Les conventions relatives au droit de vote, *Rev. Gén. Dr. Com.* 1942, p. 5; J. Penneau, De l'irrégularité des conventions de vote dans le droit des sociétés commerciales, *J.C.P.* 1975, C.I., 11776; Hémard, Terré et Mabilat, t. II, n°s 213 et s., p. 192.

(21) V. P. Cordonnier, L'usage des pouvoirs en blanc dans les assemblées d'actionnaires, *J. Soc.* 1934, p. 417; L. Mazeaud, *Trav. de l'Assoc. H. Capitant,* t. XV, p. 334.

ciation au droit de vote (22), a cependant été admise par le décret du 23 mars 1967 (art. D. 132 et 134) pour toutes les sociétés anonymes (23).

Mais la singularité tient ici au fait que les pouvoirs en blanc seront utilisés (sauf choix explicite d'un autre mandataire, ce qui n'est pas notre hypothèse) en faveur des projets de résolution présentés par le directoire (art. D. 134).

On peut s'étonner, au prime abord, de ce choix, car l'article L. 161 dispose qu' « un actionnaire peut se faire représenter par un autre actionnaire ou par son conjoint ». Or, le directoire peut être composé, en tout ou partie, de non-actionnaires. Le décret semble donc apporter une exception à la règle légale, à moins qu'il n'oblige à considérer que les pouvoirs en blanc ne peuvent bénéficier qu'à un directoire composé d'actionnaires.

Mais la rédaction habile de l'article D. 134 écarte en définitive toute incertitude : ce n'est pas nécessairement le directoire qui est mandataire de l'émetteur du pouvoir en blanc, mais le pouvoir ne peut servir qu'à voter dans le sens souhaité par le directoire, quelle que soit sa composition.

Cela dit, malgré l'obligation d'informer les actionnaires qui utilisent cette technique (24), malgré les sanctions pénales qui peuvent frapper les dirigeants peu scrupuleux (notamment l'art. L. 437-4°, délit d'abus de voix), le système comporte encore beaucoup de dangers, et remplit mal son but avoué, qui est d'offrir aux actionnaires pressés une possiblité de participation.

En effet, il permet au directoire de neutraliser plus ou moins l'assemblée des actionnaires; la puissance qu'il recueille est fort variable. Elle peut aller d'une minorité de blocage à la domination plus ou moins majoritaire.

Le directoire peut être mis en mesure d'installer au conseil des personnes qui lui sont dévouées. Il peut prévenir les conflits, car l'assemblée ne peut plus « arbitrer » qu'à son profit. Sinon, il proposera ou fera proposer la révocation des membres du conseil récalcitrants.

Cela signifie qu'il existe un risque, dans certaines sociétés, de voir réduit à néant le jeu des majorités, et donc l'autonomie des organes de contrôle.

Certes, on projette d'interdire au directoire de proposer la révocation des membres du conseil de surveillance (25). Mais on ne pourra pas empêcher un membre du directoire actionnaire, ou n'importe quel autre actionnaire complice, de proposer une résolution en ce sens, les « incidents de séance » étant ouvertement permis. Et si l'on écartait du vote de révocation d'un membre du conseil de surveillance toutes les actions sur lesquelles le directoire a un pouvoir, on aboutirait à des situations fâcheuses, l'assemblée infirmant tout ce que fait le conseil.

154. — Faut-il alors confier les pouvoirs en blanc au conseil de surveillance ? Pareille solution serait néfaste pour deux raisons. D'abord, elle transférerait au conseil l'excès de puissance reproché au directoire. Ensuite, ce dernier est peut-être mieux placé, de par sa fonction créative et ses responsabilités, pour entraîner l'assemblée générale.

Il est vrai qu'on pourrait envisager de ne pas utiliser les pouvoirs en blanc en cas de conflit entre le directoire et le conseil de surveillance. Mais ils ne serviraient alors qu'à constater l'unanimité factice dans laquelle certaines assemblées générales se plaisent à contempler leur sagesse.

(22) A. TUNC, art. préc., n° 45.
(23) HÉMARD, TERRÉ et MABILAT, t. II, p. 121, n° 133. Pour la société de type nouveau, v. R. SINAY, *Gaz. Pal.* 1966, 1, Doctr. p. 50, n° 19.
(24) V. art. D. 133, 135 et s.
(25) Rapport Sudreau, p. 110.

On pourrait aller plus loin, et supprimer toute possibilité d'un mandat en blanc. Les actionnaires voteraient dans un sens précis ou ne voterait pas. C'est la tendance qui se fait jour en Allemagne. Mais elle n'est peut-être pas tolérable pour les petites sociétés anonymes, qui sont la majorité en France, et elle supprimerait toute forme de participation dans les grandes (26) : les actionnaires apathiques deviendraient pour de bon des bailleurs de fond.

La meilleure solution semble alors de permettre, voire d'obliger l'actionnaire mandant, à choisir entre le directoire et le conseil de surveillance, lorsqu'il émet sont mandat. Telle semble être la solution retenue par le projet européen (27).

Si l'influence de chaque organe est égale dans l'assemblée, le blocage qui s'ensuit n'affecte pas directement la gestion, mais il peut faire obstacle à certaines opérations soumises à autorisation, et empêcher toute modification du capital souhaité par l'un des organes. Il n'y a donc apparemment pas de cas d'ouverture à une procédure d'administration provisoire.

155. — Tout cela montre bien que le fonctionnement et l'influence de l'assemblée des actionnaires dépendent étroitement des rapports entre le directoire et le conseil de surveillance. L'habitude portait plutôt à considérer l'influence en sens inverse. Pourtant, dès que les rapports entre les deux organes cessent d'être normaux, l'assemblée devient l'instrument de personnes qui dominent la société (de l'intérieur ou de l'extérieur) et s'appuient sur l'un ou l'autre organe. Et cela produit de toute manière une neutralisation du contrôle.

Il apparaît dans ces conditions que d'autres mécanismes d'équilibre interne sont nécessaires dans la société à directoire. C'est le rôle que, fort heureusement, peuvent tenir les commissaires aux comptes.

(26) Ph. NOCQUET, *J.-Cl. Sociétés*, fasc. 135, n. 8. Encore faut-il accepter que le mandat en blanc soit une forme de participation !

(27) J. PENNEAU, art. préc., n° 46. Il existe d'ailleurs un courant optimiste qui croit aux progrès de l'information des actionnaires. V. J.-L. SERVAN-SCHREIBER, *L'entreprise à visage humain*, le chapitre intitulé « la complainte des patrons ». Certain exemples américains laisseraient croire à davantage de responsabilité chez les actionnaires. Nous craignons que cet espoir ne reste limité à des secteurs très précis.

CHAPITRE DEUXIEME

LES COMMISSAIRES AUX COMPTES

156. — C'est essentiellement pour des raisons techniques que sont apparus, en 1863 (1), les commissaires aux comptes : les difficiles problèmes posés par la comptabilité des sociétés anonymes nécessitaient l'intervention de spécialistes capables d'éclairer utilement l'assemblée des actionnaires. Cette dernière, pensait-on déjà, n'est pas en mesure d'assumer efficacement le contrôle comptable.

L'apparition du conseil de surveillance, organe spécialisé dans le contrôle, pourrait sembler de nature à faire disparaître ce fondement de l'existence des commissaires aux comptes (2). Il entre tout à fait dans la vocation du conseil d'assister d'éclairer l'assemblée dans son appréciation de la gestion.

Malgré cela, les commissaires aux comptes existent dans la société anonyme de type nouveau : ils semblent même y avoir avec le directoire les mêmes rapports qu'avec le conseil d'administration dans la société de type classique. Et les textes sont fort peu modifiés en fonction du conseil de surveillance, quoique sa présence ne puisse qu'influer sur la répartition de tâches de contrôle.

En effet, le conseil de surveillance est investi de la compétence la plus étendue en matière de contrôle : son travail vise la totalité de l'activité du directoire, alors que les commissaires sont limités au domaine comptable ou à certains actes particuliers. A l'intérieur de la société, le terrain de chasse du conseil de surveillance est donc plus vaste que celui des commissaires. Mais, dans la partie commune, ils seront amenés à collaborer, étant donné la puissance qui représente la fonction directe de gestion.

Cependant, il n'est pas non plus souhaitable que deux organes séparés accomplissent exactement la même tâche : l'existence du conseil va entraîner aussi une affirmation de la spécificité des fonctions des commissaires aux comptes.

Section 1 : Collaboration entre les commissaires aux comptes et le conseil de surveillance;

Section 2 : Spécialisation des commissaires aux comptes.

(1) Loi du 23 mars 1863, reprise naturellement par la loi du 24 juillet 1867. Les commissaires alors s'appelaient commissaires de surveillance. V. HAMEL et LAGARDE, t. I, n° 672, p. 802; ESCARRA et RAULT, t. IV, n° 1354, p. 7; RIPERT et ROBLOT, t. I, n° 1335.

(2) M.-D. CRUEGE, La dualité des organes de contrôle dans les sociétés anonymes à directoire, *Rev. Soc.*, 1975, 421; J. LEBLOND, Le projet de loi sur les sociétés commerciales devant le Sénat, *Gaz. Pal.* 1966, 1, Doctr. 77.

Section 1. — Collaboration entre les commissaires aux comptes et le conseil desurveillance.

157. — Les raisons de la collaboration entre les commissaires et le conseil apparaissent assez clairement dans les textes (§ 1). Mais les dispositions qui organisent cette collaboration (§ 2) restent peu nombreuses.

§ 1. — Les raisons de la collaboration.

158. — La collaboration entre les commissaires et le conseil est nécessaire dans la mesure où ils disposent de certains moyens identiques (I) utilisés dans le cadre de fonctions qui leur sont communes (II). Il existe un vaste domaine au sein duquel les deux organes se rencontrent objectivement. Ce n'est pas l'intérêt de la société que ce domaine se transforme en champ de bataille ou se divise en compartiments trop étanches. Les commissaires et le conseil de surveillance doivent avant tout remplir un rôle de conseil pour le directoire et l'assemblée des actionnaires, ce qui rend nécessaire, pour accomplir au mieux ce rôle, qu'ils s'assistent mutuellement.

I. — Moyens identiques.

159. — Le conseil de surveillance de la société en commandite par actions « dispose des mêmes pouvoirs que les commissaires aux comptes » (3). On a montré que cette disposition pouvait se révéler fort heureuse pour la société (4).

L'identité n'est pas aussi totale dans la société anonyme à directoire. Toutefois, d'étroites similitudes existent entre les textes qui précisent les moyens dont disposent le conseil, d'une part (art. L. 128, al. 3), et les commissaires, d'autre part (art. L. 229, al. 1er), pour mener à bien leurs tâches de contrôle.

Les deux organes peuvent « à toute époque de l'année » effectuer eux-mêmes des vérifications et des contrôles, et se faire communiquer « tous les documents qu'ils estiment nécessaires ».

Les textes ne disent donc pas que le contrôle des commissaires se limite aux pièces comptables, ni que ce domaine est fermé au conseil de surveillance. Comment pourrait-il en être autrement, puisque la comptabilité est à la fois un témoin, un langage et une technique de gestion ?

Les investigations des deux organes à l'intérieur de la société portent sur les mêmes faits (l'activité du directoire) à travers les mêmes documents (tous ceux qui rendent compte de l'activité du directoire, et notamment son rapport annuel — art. L. 228, al. 2). Elles peuvent être exercées au même moment, concurremment ou de concert, ou de façon complémentaire.

De plus, les commissaires et le conseil peuvent tenir certaines réunions avec le directoire. Ce dernier doit convoquer les commissaires à la réunion destinée à arrêter les comptes de l'exercice. Il peut demander leur participation en toute

(3) Art. L. 257, al. 1er.
(4) J. DERRUPPÉ, *Encycl. Dalloz. Sociétés,* v° *Commandite par actions,* n° 67.

occasion. Il doit, par ailleurs, se réunir avec le conseil une fois tous les trois mois au moins, ainsi que dans d'autres circonstances prévues par les statuts : on peut souhaiter qu'à ces occasions les commissaires soient également conviés, leur présence serait en effet dans la logique de la structure dualiste. Les commissaires pourraient ainsi vérifier la sincérité des informations données dans le rapport trimestriel du directoire (art. L. 128, al. 4), ce qui mettrait le conseil de surveillance dans une position aussi solide que l'assemblée ordinaire.

II. — Fonctions communes.

160. — Les commissaires doivent se livrer au contrôle permanent des écritures (5), et nul ne doute que ce soit aussi le devoir du conseil de surveillance : il ne serait pas pensable que ses membres puissent éviter la mise en jeu de leur responsabilité en alléguant que le contrôle des comptes ne leur incombait pas, qu'il était trop technique, et qu'ils n'ont pas à supporter la carence des commissaires. La comptabilité n'est qu'un aspect de la gestion, sur l'ensemble de laquelle doit porter le contrôle du conseil de surveillance. Il n'est pas possible d'apprécier l'opportunité commerciale d'une décision sans examiner la solidité des arguments chiffrés qui la motivent. Cela passe donc nécessairement par une appréciation de la régularité et de la sincérité des comptes, sauf collusion avec le directoire. Et l'on doit approuver le conseil qui s'adjoint, ou mieux compte en ses rangs, un ou plusieurs experts, qu'on peut nommer « censeurs » (6).

Il est d'ailleurs significatif que les conséquences de chaque contrôle soient comparables.

Les commissaires peuvent émettre des réserves, voire refuser — dans une décision motivée, art. D. 193 — de certifier la régularité et la sincérité des comptes sociaux (7). Mais, quelle que soit leur attitude, l'assemblée des actionnaires conserve la possibilité d'approuver les comptes (8).

L'influence du conseil de surveillance est du même ordre, puisque ses « observations » (art. L. 128, dernier alinéa) ne lient pas l'assemblée.

Les deux organes ont donc essentiellement un rôle de préparation des décisions de l'assemblée générale. Ils doivent porter à sa connaissance, autant que les aspects favorables, les erreurs, les fautes, voire les infractions qu'ils ont relevés dans la gestion du directoire.

§ 2. — Organisation de la collaboration.

161. — L'unicité des textes relatifs aux deux types de société anonyme constitue peut-être ici un défaut : la reconnaissance de pouvoirs d'investigation identiques au conseil et aux commissaires aux comptes augmente le risque d'un excès de surveillance. Or, la nécessité de renforcer le contrôle, pour importante

(5) V. RIPERT et ROBLOT, t. I, n° 1351; HÉMARD, TERRÉ et MABILAT, t. II, n° 993, p. 787.
(6) V. *supra*, n° 33.
(7) V. E. DU PONTAVICE, Les tâches des commissaires aux comptes depuis la loi du 24 juillet 1966 et les décrets des 23 mars et 6 juin 1967 et l'ordonnance du 23 septembre 1967, *Rev. Soc.* 1968, p. 1; La certification par le commissaire aux comptes... *Etudes Jauffret*, 1974, p. 578; Le commissaire aux comptes et la certification, *Rev. Soc.* 1976, p. 257; Y. GUYON et P. COQUEREAU, *Le commissariat aux comptes, aspects juridiques et techniques;* HÉMARD, TERRÉ et MABILAT, t. II, n° 998, p. 792 et s.
(8) V. les réponses du garde des Sceaux, *Rev. Soc.* 1972, p. 380, 552, 786.

qu'elle soit, ne doit pas produire des effets néfastes pour la société en surchargeant le directoire d'obligations d'information si lourdes qu'il en vienne à négliger sa fonction principale.

Cela dit, pour que le contrôle soit sérieux, chaque organe doit avoir la pleine possibilité de se renseigner.

Entre ces deux exigences contradictoires, des techniques de collaboration peuvent amener un moyen terme satisfaisant. Mais elles ne sont abordées que sous un seul angle par la législation impérative actuelle.

Il n'existe en effet qu'un devoir d'information des commissaires vers le conseil de surveillance (art. L. 230). L'inverse n'est pas prévu, et il n'est pas évident que les commissaires puissent s'appuyer sur l'article L. 229 pour exiger du conseil qu'il leur communique le résultat de ses travaux.

En outre, aucun délai, aucune forme ne sont déterminés sur la façon dont les commissaires doivent renseigner le conseil de surveillance. Et même, certains auteurs estiment, de façon peut-être contestable au vu de la lettre du texte, qu'un tri peut être fait par les commissaires entre les informations qu'ils donnent au directoire et celles qu'ils donnent au conseil (9).

Certes, le conseil de surveillance (et notamment son président, qui a l'initiative en la matière) peut convoquer à ses réunions les commissaires aux comptes (art. D. 192, al. 2). Cette faculté peut devenir une obligation d'origine statutaire, au moins dans certains cas : lorsque le conseil examine les comptes de l'exercice (10), ou plus généralement, dès que le domaine comptable sera impliqué dans les questions que le président inscrira à l'ordre du jour du conseil.

Mais le pacte social ne peut aller beaucoup plus loin dans la mise en œuvre de la collaboration entre les deux organes. Par exemple, il ne pourrait interdire la répétition à intervalle rapproché de deux contrôles de même nature, ni permettre au conseil de donner des ordres aux commissaires pour qu'ils exécutent certaines missions de surveillance.

Il existe, en définitive, peu d'obligations de collaborer entre le conseil de surveillance et les commissaires aux comptes, mais beaucoup d'intérêts à le faire.

Pourtant, dans la pratique, on a plutôt l'impression qu'il y a d'abord collaboration entre les commissaires et le directoire lui-même, qui établit les comptes, et les redresse en fonction des remarques faites par les commissaires (11). La liaison avec le conseil de surveillance ne vient qu'ensuite, surtout si l'entente avec le directoire n'a pas été sans failles, s'il reste des points importants à clarifier. En quelque sorte, les commissaires s'interposent parfois comme un premier rideau de conseil et de contrôle entre le directoire et le conseil de surveillance.

Cette pratique ne doit pas étonner, mais elle a un sens bien particulier, car malgré l'identité de certaines de leurs fonctions, du fait même de l'existence du conseil de surveillance, les commissaires ont tendance à se spécialiser.

Section 2. — **Spécialisation des commissaires aux comptes.**

162. — La présence du conseil de surveillance permet aux commissaires de se consacrer pleinement à leurs tâches spécifiques. Dans la structure nouvelle, ils

(9) V. M.-D. Cruège, art. préc., p. 440; J. Wisner, Réflexions sur la mission des commissaires aux comptes, *Rev. Soc.* 1967, p. 371.
(10) Comp. art. L. 231.
(11) V. M.-D. Cruège, art. préc., p. 431 et s.

ne vont plus être sollicités autant comme conseil de gestion, puisque ce rôle est déjà rempli. Pour transcrire cette situation au niveau des principes, on peut dire qu'il existe entre le conseil et les commissaires une certaine séparation des fonctions, qui est fondée sur deux idées.

D'une part, la tâche des commissaires est, à certains égards, spécifique (§ 1er).

D'autre part, les commissaires ont parfois à contrôler le conseil de surveillance lui-même (§ 2).

§ 1. — La spécificité du contrôle exercé par les commissaires aux comptes.

163. — Il est certain que les commissaires aux comptes jouissent d'un point de vue particulier sur la gestion de la société. Leur organisation professionnelle et leur statut à l'intérieur de la société anonyme garantissent de leur part une impartialité et une compétence qu'un texte récent vient encore de renforcer (12).

Désignés par l'assemblée constitutive (13) ou l'assemblée générale ordinaire (art. L. 223), ils ne peuvent être relevés de leurs fonctions (par l'assemblée générale ordinaire) qu'en cas de faute ou d'empêchement (art. L. 227). C'est dire que leur stabilité (et donc leur indépendance) (14) est encore plus forte dans la société que celle des membres du directoire. Mais, pas plus que ces derniers, les commissaires ne sont sûrs d'être réintégrés (15). Ajoutons cependant qu'ils ne sont pas astreints, lorsqu'ils sont plusieurs (16), à respecter des règles collégiales, même s'ils doivent présenter à l'assemblée un rapport unique (17).

Ce relatif climat de liberté, cette moindre perméabilité aux phénomènes de domination permettent aux commissaires une objectivité plus grande. Sans doute perdraient-ils cet avantage s'ils n'étaient limités par le principe de non-immixtion dans la gestion (art. L. 228) (I). Mais leur objectivité les fonde aussi à mener certains contrôles qui sortent de la compétence du conseil (II).

I. — Le principe de non-immixtion dans la gestion.

164. — Malgré les termes très nets de l'article L. 228, al. 2, le principe de non-immixtion dans la gestion demeure à certains égards contesté. Une partie de la doctrine tend à faire des commissaires un « conseil de gestion » (18), et

(12) Décret n° 76-1141 du 7 déc. 1976, puis dans la ligne du projet 2510, car le statut des commissaires aux comptes fait partie du domaine réglementaire. V. P. Mabilat, Les modifications apportées au statut professionnel des commissaires aux comptes par le décret du 7 décembre 1967, *J.C.P.*, éd. C.I., 1977, 12322; A. Coulier, Le statut professionnel des commissaires aux comptes (les modifications apportées au statut par le décret du 7 décembre 1976), *Rev. Soc.* 1977, 221.

(13) Art. L. 79; rappr. art. L. 88.

(14) V. Y. Guyon, L'indépendance des commissaires aux comptes, *J.C.P.* 1977, I, 2831, qui met en lumière les limites des techniques actuellement utilisées.

(15) Y. Guyon, même art., n° 14.

(16) Ce que voudrait rendre impossible le projet n° 2510.

(17) Hémard, Terré et Mabilat, t. II, n° 1004, p. 799, et n° 1042, p. 830.

(18) E. Du Pontavice, Le principe de non-immixtion dans la gestion à l'épreuve des faits, *Rev. Soc.* 1973, 601; Le commissaire aux comptes et la défense de s'immiscer dans la gestion, *Bull. Cons. Nat. Com. aux comptes* 1972, n° 5, p. 75.

même désire l'investir d'une fonction « d'appréciation subsidiaire de la gestion » (19).

Ces vues, qui peuvent paraître en elles-mêmes contradictoires (peut-on contrôler librement ce que l'on a soi-même conseillé ?) doivent être nuancées en ce qui concerne la société anonyme à directoire.

En effet, les fonctions supplémentaires auxquelles seraient étendues la compétence des commissaires sont déjà remplies par le conseil de surveillance.

La fonction de conseil va du simple avis (cette compétence, quoique non écrite, découle à l'évidence de la nature du conseil et de sa composition) à l'autorisation, légale ou statutaire. La séparation des pouvoirs tolère ici des atteintes qu'elle ne peut accepter ailleurs. Et, logiquement, le législateur limite les prérogatives des commissaires en matière d'avis et de conseil à donner au directoire.

Les commissaires peuvent proposer des modifications sur les documents comptables et faire des observations sur les méthodes d'évaluation employées pour l'établissement de ces documents (art. L. 230-2°, qui joue surtout au profit du directoire). En outre, ils présentent les « conclusions auxquelles conduisent les observations et rectifications » présentées « sur les résultats de l'exercice comparés à ceux du précédent exercice » (art. L. 230-4°).

Normalement, les commissaires aux comptes doivent donc intervenir *a priori*, essentiellement sur les documents comptables. Ils ne peuvent donner directement des avis sur l'opportunité des actes de gestion du directoire. Ils sont tenus d'en passer par le prisme (souvent très éclairant) de la comptabilité.

Cette spécialisation leur sera d'autant plus aisée qu'il revient au premier chef au conseil de surveillance d'apprécier la valeur commerciale des opérations de gestion : quand le directoire a un avis de cet ordre à demander, il doit le faire auprès du conseil, et le commissaire sera en droit (mais le fera-t-il ?) de lui refuser ses conclusions au nom du principe de non-immixtion, qui peut donc recevoir dans la société de type nouveau une application plus stricte.

Toutefois, on pourrait aussi prétendre que la présence du conseil, loin de chasser les commissaires de ce domaine, impose au contraire leur collaboration. Il est vrai, d'ailleurs, que le conseil de surveillance a tout intérêt à prendre lui-même langue avec les commissaires lorsqu'il se prononce ou autorise une opération de gestion. Seulement, les commissaires sont dans ce cas les « conseils du conseil de surveillance » et non ceux du directoire, ce qui est bien préférable si l'on veut respecter l'article L. 228.

165. — La critique *a posteriori* de l'opportunité de la gestion du directoire ne rentre pas dans le cadre de la mission générale et permanente des commissaires aux comptes. S'il est évident que leur travail a une influence sur l'appréciation de la gestion, il ne constitue qu'un aspect du contrôle. Preuve en est qu'un refus de certification ne bloque pas le mécanisme d'approbation des comptes. L'assemblée des actionnaires demeure souveraine de les approuver, de les rejeter et même de les amender. Or, à ses yeux, l'essentiel se situe dans l'ensemble de la gestion et non dans sa transcription comptable. Le commissaire réagit à la gestion comme un témoin qualifié, comme un expert; il a une « mission », et ce mot traduit bien la spécialisation du contrôle comptable. C'est au conseil qu'il revient de polémiquer, s'il y a lieu, avec le directoire, pour permettre à l'assemblée de former son jugement.

Cette vertu d'impartialité technicienne que le droit semble exiger des commissaires est en réalité bien difficile à incarner. Et cela d'autant plus que sur les

(19) R. CONTIN, *Le contrôle de la gestion des sociétés anonymes*, p. 209, n°s 303 et s.

terrains où les commissaires ne sont plus en concurrence avec le conseil de surveillance, leurs tâches constituent dans une certaine mesure des atteintes au principe de non-immixtion.

II. — Tâches spéciales des commissaires aux comptes.

166. — C'est peut-être le fait d'avoir un domaine d'investigation plus vaste que celui du conseil de surveillance qui permet aux commissaires de se livrer à une appréciation particulière de la gestion. Cette exception au principe de non-immixtion trouve sa mesure dans la particularité même de la tâche des commissaires.

En effet, le pouvoir d'investigation des commissaires s'étend aux sociétés mères et filiales (art. L. 229, al. 2). Aucune disposition légale n'autorise le conseil à faire de même (20). Certes, notre droit des groupes de sociétés n'est actuellement qu'un ensemble hétéroclite, parfois lacunaire et d'inspiration flottante. Mais des raisons plus précises peuvent être avancées pour justifier cette différence. Le conseil de surveillance est par nature perméable aux phénomènes de domination. Les commissaires y résistent mieux. Leur statut garantit leur relative neutralité.

Dans cette optique, on peut remarquer la récusation judiciaire des commissaires, que peut obtenir une minorité d'actionnaires (art. L. 225), ou la possibilité dont dispose une minorité d'actionnaires de faire nommer en justice un expert (art. L. 226).

Cela explique aussi pourquoi les commissaires sont fondés à opérer des vérifications auprès des tiers, ce que ne peut faire le conseil de surveillance. Mais cette dernière inégalité ne doit pas être surestimée, car les « tiers » de l'article L. 229, dernier alinéa, semblent bien être une catégorie restreinte (21); de plus, le « droit » d'information des commissaires dépend en grande partie du bon vouloir desdits « tiers ».

167. — Ainsi nantis d'une information plus globale, les commissaires sont en meilleure position pour « s'assurer que l'égalité a été respectée entre les actionnaires ». Cette fonction particulière représente pour certains une atteinte caractérisée au principe de non-immixtion dans la gestion. La rupture d'égalité n'est-elle pas l'un des éléments de l'abus de majorité ?

Cela suppose que les commissaires aient une appréhension très vaste des opérations sociales, et même qu'ils se livrent aussi à une analyse de l'intérêt de la société.

Mais la portée de cette exception ne saurait pas trop faire dériver le rôle des commissaires : le dernier alinéa de l'article L. 228 ne peut, ne doit pas contredire exagérément le principe de non-immixtion posé à l'alinéa précédent (22). Pour cela, on peut notamment songer à limiter l'appréciation des commissaires aux actes les plus manifestement susceptibles de rompre l'égalité entre actionnaires. Or beaucoup (tous, pourrait estimer la jurisprudence) de ces actes

(20) M.-D. Cruège, art. préc. p. 424; H. Chassery, Les attributions du conseil de surveillance, *Rev. Trim. Dr. Com.* 1976, p. 449, spé. n° 11.

(21) V. Guyon et Coquereau, Le nouveau statut des commissaires aux comptes des sociétés, *J.C.P.* 1969, I, 2290, n° 106.

(22) Comp. D. Schmidt, *Les droits de la minorité dans la société anonyme*, B.D.C. n° 21, v. n° 223, p. 168. On ne saurait d'ailleurs confondre en une seule condition la rupture d'égalité et l'atteinte à l'intérêt social.

supposent un rapport spécial des commissaires aux comptes : conventions de l'article L. 143, augmentation ou réduction du capital social, émission d'obligations convertibles ou échangeables, « stock options », rachat ou conversion des parts de fondateur, fusion, scission, transformation de la société...

Il est clair que l'article L. 228, dernier alinéa, a surtout pour but de rappeler aux commissaires l'objectivité de leur point de vue; soumis à l'attraction du directoire ou du conseil de surveillance, les commissaires doivent essentiellement protéger les actionnaires. C'est pourquoi ils sont chargés de surveiller les informations qu'on leur donne (art. L. 228, al. 2), ce qui est un moyen d'assurer leur égalité sans s'immiscer dans la gestion.

168. — Plus tranchée encore semble l'atteinte au principe de non-immixtion (d'ailleurs peu exploitée) (23), que constitue le pouvoir reconnu au comité d'entreprise de demander aux commissaires « des explications sur la situation financière de l'entreprise » (24). Les actionnaires n'ont même pas cette possibilité, du moins si l'on s'en tient à la lettre des textes. Mais pour le comité d'entreprise, n'est-elle pas superfétatoire dans la mesure où des délégués de cette formation ont accès aux séances du conseil de surveillance (et, *a fortiori*, du conseil d'administration) ?

Il serait beaucoup plus logique de n'admettre qu'une information d'ordre comptable, « financier » au sens strict, puisque le contrôle d'opportunité peut être fait par une autre instance (25).

Mais une dernière particularité peut expliquer cette situation : les commissaires aux comptes sont en effet amenés à contrôler le conseil de surveillance lui-même.

§ 2. — Le contrôle de l'activité du conseil de surveillance.

169. — Le directoire et le conseil de surveillance sont des organes à qui les actionnaires font confiance pour mener à bien l'essentiel des activités sociales. Normalement, la séparation des fonctions assure entre eux une dialectique gestion-contrôle qui ne peut que profiter à la société.

Parfois, cependant, des circonstances d'intérêts et de personnes favorisent la collusion des surveillants et des surveillés, ce qui rend nécessaire l'existence d'une autre instance où le contrôle soit plus impartial. Ce ne peut pas toujours être le cas de l'assemblée, c'est plus souvent le rôle des commissaires aux comptes. Ces derniers ont ainsi une utilité bien spécifique dans le type nouveau de société anonyme.

Le législateur n'a pas organisé systématiquement cette fonction particulière des commissaires. Elle n'émerge que dans certaines attributions, qui vont du contrôle *stricto sensu* au remplacement en cas de carence, en passant par l'obligation de délation.

On peut aussi ajouter le contrôle exercé sur l'ensemble des comptes sociaux par l'expert de minorité (art. L. 226) (26), qui vient pallier dans une certaine

(23) V. P. Bois, Les comités d'entreprise. Un espoir longtemps déçu, peut-il renaître ? *Dr. Soc.* 1969, 91.
(24) Art. 3 de l'ord. du 22 févr. 1945, art. L. 432-4 du C. Trav. (*d*, 4e al.).
(25) Comp. R. Contin, *th. préc.*, n° 452, p. 312.
(26) P. Delaisi, Le rôle des organes de contrôle dans la société anonyme actuelle, *Rev. Fr. Compta.* 1975, 99.

mesure la privation de contrôle dont souffrent les minoritaires du fait de lexistence du conseil de surveillance.

I. — Contrôle *stricto sensu.*

170. — L'exemple le plus net est fourni par l'article L. 145. Lorsque le conseil de surveillance a autorisé une convention de l'article L. 143, son président est tenu de donner avis de cette convention aux commissaires. Ceux-ci établiront un rapport spécial, à l'usage de l'assemblée, qui statuera dessus.

Dans cette hypothèse, les commissaires vont présenter des éléments pour une double critique : celle de la convention passée par le directoire, et celle de l'autorisation donnée par le conseil de surveillance.

Certes, le contenu du rapport spécial, précisé à l'article D. 117, montre bien qu'il s'agit d'un contrôle-information plus que d'un jugement d'opportunité (27). Toutefois, le but des indications fournies est de « permettre aux actionnaires d'apprécier l'intérêt qui s'attachait à la conclusion des opérations analysées ». On peut imaginer que ces indications diffèrent de celles que fournit le conseil de surveillance pour justifier son autorisation.

De plus, les commissaires doivent pouvoir faire des recherches sur les conventions qui auraient dû faire l'objet d'une autorisation, ou sur celles qui ont été autorisées sans que le président du conseil de surveillance en donne avis (28); il s'agit là d'irrégularités que les commissaires doivent signaler à l'assemblée générale (art. L. 233, al. 1er).

Les autres rapports spéciaux des commissaires n'entraînent pas directement de contrôle d'une décision du conseil de surveillance. Ils ajoutent seulement un autre point de vue.

Mais les statuts peuvent étendre (s'ils ne peuvent l'atténuer) la compétence des commissaires aux autres opérations autorisées par le conseil de surveillance. Deux solutions peuvent être admises. Soit l'intervention est limitée aux cas de conflits présentés devant l'assemblée générale (art. D. 100) (29). Soit l'on demande aux commissaires d'étudier dans leur rapport général, toutes les autorisations ou certaines d'entre elles (notamment celles de l'art. D. 113). Ces compétences statutaires sont limitées par le principe de non-immixtion à un simple contrôle-information. Leur utilité n'en est pas moins évidente puisqu'elles permettent aux actionnaires d'éviter (s'ils le désirent...) un déséquilibre entre le directoire et le conseil de surveillance.

Signalons enfin que les commissaires contrôlent les membres du conseil de surveillance relativement aux dispositions des articles L. 130 et 131 (actions « d'*affectio societatis* »). Si les membres du conseil n'exécutent pas correctement les prescriptions légales, les commissaires aux comptes doivent les dénoncer à l'assemblée et la sanction encourue est la démission d'office (art. L. 130).

Les commissaires disposent par ailleurs de moyens de pression encore plus décisifs.

(27) V. Hémard, Terré et Mabilat, *Commentaires du décret du* 23 *mars* 1967, p. 84. Comp. R. Contin, préc., n° 375, p. 258, et n° 370, p. 253.
(28) R. Contin, n° 378, p. 260.
(29) V. *supra,* n° 131.

II. — Révélation au Parquet des faits délictueux (art. L. 233, al. 2).

171. — Les commissaires aux comptes doivent révéler au Parquet les faits délictueux dont ils ont eu connaissance. Or, ces faits peuvent avoir été commis non seulement par le directoire, mais aussi par le conseil de surveillance (même outre le cas où les membres de ce conseil se comportent en dirigeants de fait). Notamment, le conseil de surveillance peut se livrer à des manœuvres constitutives du délit d'entrave aux fonctions des commissaires aux comptes (art. L. 458). Le législateur est donc prêt à sanctionner sévèrement l'obstruction et peut-être aussi le manque de collaboration du conseil.

L'obligation de délation présente des aspects critiquables, que la doctrine n'a pas manqué de relever (30). Les commissaires semblent devoir y perdre une partie de la confiance que mettent en eux les dirigeants sociaux. De plus, ils doivent se livrer à une appréciation de l'intérêt social (art. L. 437, 3° et 4°), qui va une fois de plus à l'encontre du principe de non-immixtion strictement entendu.

Mais cette fonction rentre parfaitement dans l'optique de la spécialisation des commissaires. Leur position est particulière, ils sont un organe de contrôle de la société, tout en appartenant aussi à un ordre qui lui est extérieur. On le regretterait s'ils étaient seuls à remplir des fonctions de contrôle. On peut s'en féliciter en présence d'un conseil de surveillance, qui doit, lui aussi, être surveillé.

III. — Convocation de l'assemblée en cas de carence du directoire et du conseil de surveillance (art. L. 158, al. 2, 1°).

172. — Les commissaires aux comptes jouissent d'un droit subsidiaire de convocation de l'assemblée générale. Cela suppose qu'ils agissent lorsque le directoire et le conseil de surveillance ont laissé passer les délais légaux, mais aussi lorsque la gravité de la situation sociale est telle que la réunion d'une assemblée devient indispensable.

Notamment, ils devraient pouvoir convoquer l'assemblée lorsque le conseil de surveillance n'effectue pas son travail de contrôle, ou lorsqu'il empiète de façon caractérisée sur le domaine du directoire.

Toutefois, le contrôle de la répartition des fonctions entre le directoire et le conseil n'est pas une attribution directe des commissaires. Il faut sans doute le nuancer en observant qu'il peut lui aussi porter atteinte au principe de non-immixtion. C'est dire que l'optique des commissaires sera bien assurée si elle s'établit sur des arguments comptables. Ainsi, les commissaires pourront dénoncer la carence du conseil qui laisse le directoire mener une comptabilité négligente, ou faire des opérations financièrement trop risquées.

Mais ils ne sont pas forcément les mieux placés pour révéler à l'assemblée que le conseil prend des décisions, valables dans l'optique comptable, mais qui appartiennent à la compétence du directoire. Même s'ils en font état, ces raisons ne sont pas suffisantes pour motiver en propre la convocation de l'assemblée, car cette faculté n'est accordée aux commissaires que « subsidiairement », c'est-à-dire dans le cadre de leurs fonctions spécialisées.

173. — Malgré ces réserves, il faut se féliciter du rôle irremplaçable que jouent les commissaires dans la société à directoire. Loin d'être devenus inutiles,

(30) RIPERT et ROBLOT, t. I, n° 1355. Comp. HÉMARD, TERRÉ et MABILAT, t. II, n° 1016.

ils sont au contraire l'une des meilleures garanties de la « fiabilité » du type nouveau. Ils représentent un élément nécessaire dans l'équilibrage organique général, car ils peuvent, mieux que les autres organes, « distancier » leur appréciation des activités sociales.

Cela ne signifie pas pour autant que leur compétence doive s'étendre à tous les domaines. Leur spécialisation est en elle-même aussi une garantie pour la structure nouvelle. Il faut d'ailleurs forcer les textes pour en décider autrement, et ce n'est pas de l'intérêt des commissaires (ni de la société), que d'être trop directement compromis dans la gestion. Plus qu'un conseiller, le commissaire doit être un expert, un consultant. La nuance n'est pas vaine, à une époque où la technicité des problèmes posés aux sociétés continue de croître d'une manière vertigineuse.

TITRE DEUXIEME

INFLUENCE DES NOUVEAUX ORGANES SUR LA SOCIETE ANONYME DANS SON ENTIER

174. — L'ambition du législateur de 1966, en ce qui concerne le type nouveau de société anonyme, s'est finalement limitée à un objectif essentiel : trouver une formule pour remplacer le système administration-direction en utilisant une nouvelle ventilation organique. Les autres objectifs de l'amendement Capitant - Le Douarec (unification du droit européen autour de l'exemple allemand, préparation de la réforme de l'entreprise) se sont enlisés dans les sables parlementaires.

Les raisons de cet échec résident peut-être dans l'excessive timidité, l'autocensure des solutions avancées par l'amendement. Proposant peu, il a obtenu moins encore, tout en donnant l'impression qu'il allait bouleverser les assises du capitalisme.

Certes, dira-t-on, grâce à l'amendement, la structure dualiste existe, et l'on a pu l'expérimenter. Mais les conditions mêmes de sa naissance ont souvent dissuadé les industriels de s'aventurer dans le « progrès ». Or, dans certains domaines, le caractère dérisoire des solutions acceptées avec peine en 1966 est particulièrement frappant. On reste doublement étonné lorsque l'on se rappelle que dès cette époque, les problèmes socio-économiques avaient changé d'ampleur et de nature par rapport à ceux qui firent naître la société anonyme.

En onze ans, la mutation s'est nettement accentuée. Il devient évident que l'on ne pourra plus différer la globalisation des problèmes concernant la société anonyme. La conception traditionnelle est attaquée sous tous les angles, qu'il s'agisse du financement, de la concentration, du contrôle ou de la démocratie économique et sociale.

A un époque où il est devenu banal (trop, peut-être) de s'extasier devant la puissance économique allemande, on peut aussi se demander quelle part revient dans cette prospérité à la qualité des mécanismes élaborés par le droit des sociétés par actions.

Poussé par une doctrine sans doute plus aventureuses que la nôtre (1), le législateur allemand a adapté les règles de direction et de contrôle de l'Aktiengesellschaft aux problèmes posés par les groupes de sociétés et par la participation des salariés. Le tout forme désormais un ensemble cohérent susceptible d'équilibrer les tensions socio-économiques très fortes qui caractérisent la société industrielle post-libérale. Vorstand et Aufsichtsrat ne sont pas seulement conçus

(1) V. l'intéressante description du Deutscher Juristentag dans J. Einmahl, La réforme du droit des sociétés par actions en R.F.A., *Rev. Trim. Dr. Com.* 1968, p. 581.

dans le cadre de « la » société, mais aussi dans des ensembles plus vastes, de nature différente (2).

En face de cela, on serait tenté de penser que « l'habit à la française » dont il a fallu revêtir la société à directoire ressemble plus à une mise vieillie (3) qu'au costume « design » du manager de haut niveau. Le directoire et le conseil de surveillance répondent essentiellement encore à une conception atomistique et étroitement capitaliste de la société anonyme.

Ils ne constituent pas une approche satisfaisante de certains problèmes actuels du pouvoir économique, au niveau de la gestion et du contrôle (4).

Mais ils sont bâtis sur des idées dont les virtualités sont peut être suffisantes pour faire face à ces problèmes. Pour se réaliser, ce mouvement devra s'appuyer sur une doctrine renouvelée, dépassant les débats traditionnels sur la société considérée *ex individuo*.

Chapitre premier : L'adaptation aux réalités socio-économiques;

Chapitre deuxième : Le déplacement du débat doctrinal.

(2) V. à ce sujet l'excellent article de M. R. SINAY, La société anonyme de type nouveau dans le projet de loi français sur les sociétés commerciales, *Gaz. Pal.* 1966, 1, Doctr. p. 50.

(3) En retard d'une mode sur l'Allemagne.

(4) Il serait tout à fait injuste et inexact de faire peser sur les auteurs de l'amendement la responsabilité de cet insuccès .C'est l'ensemble du Parlement, toutes tendances confondues. qui a refusé de poser les problèmes sur les bases élargies où ils se posent désormais.

CHAPITRE PREMIER

L'ADAPTATION AUX REALITES SOCIO-ECONOMIQUES

175. — La loi du 24 juillet 1966 a repris les objectifs classiques des réformes du droit des sociétés, et particulièrement des sociétés anonymes : améliorer la gestion, protéger l'épargne et les tiers (5). Ces visées pragmatiques sont nécessaires, mais elles ne sont plus suffisantes désormais pour répondre à l'évolution de faits et des mentalités économiques et sociales.

Le droit des sociétés est aujourd'hui assiégé par des questions qui, hier, lui étaient quasiment étrangères. On perçoit que la structure sociale n'est plus indifférente aux problèmes de l'entreprise, et, bien plus, des auteurs de plus en plus nombreux inscrivent le droit des sociétés dans une problématique propre à l'entreprise (6).

Si l'on accepte de voir dans l'entreprise une réunion de moyens, en hommes (7) et en capital, on aperçoit que la société est actuellement un procédé juridique appliqué au « facteur capital », à qui est reconnu le pouvoir sur le « facteur travail ».

Il n'est plus possible d'admettre une stricte indépendance entre les deux facteurs si l'on prend en compte la nécessité de donner aux salariés un certain pouvoir dans cette structure. Sous quelle forme ? Le problème est largement débattu. Les propositions du rapport Sudreau sur ce sujet n'ont pas encore été soumises au vote du Parlement.

Mais cette participation du « facteur travail » aux structures sociales resterait ambiguë si l'on ne procédait pas à une analyse plus réaliste des phénomènes de pouvoir qui jouent à travers ces structures. A quels résultats mènerait la cosurveillance si le directoire n'est pas le véritable maître de sa gestion, si le conseil de surveillance n'exerce qu'un contrôle purement votif ?

Or l'évolution actuelle tend à accroître ce type de risques : l'adaptation aux réalités du capital semble être un préalable nécessaire à l'adaptation aux réalités du travail. L'enjeu est essentiel : il s'agit d'introduire des équilibres juridiques là où le pouvoir économique s'exerçait en toute liberté, en faisant quelques victi-

(5) Sur ces thèmes, v. notamment J. DERRUPPÉ, Le régime nouveau des sociétés commerciales, *Gaz. Pal.* 1966, 2, Doctr. 141; R. HOUIN et F. GORÉ, La réforme des sociétés commerciales, *D.* 1967, Chron. 121; D. BASTIAN, La réforme du droit des sociétés commerciales, 1re partie, *J.C.P.* 1967, I, 2121; RIPERT et ROBLOT, t. I, n° 1010; HÉMARD, TERRÉ et MABILAT, t. I, nos 14 et 15, p. 13 et s.

(6) V. particulièrement C. CHAMPAUD, Contribution à l'étude du droit économique, *D.* 1967, Chron. p. 215; J. PAILLUSSEAU, *La société anonyme, technique d'organisation de l'entreprise* (B.D.C. n° 18); M. TROCHU, L'entreprise : Antagonisme et collaboration du capital et du travail, *Rev. Trim. Dr. Com.* 1969, 681.

(7) On peut s'interroger sur la valeur humaine d'une telle conception proche de celle du « matériel humain » à laquelle sacrifient tant de structures d'inspiration autoritaire. Beaucoup d'auteurs préfèrent considérer que l'entreprise est avant tout un « groupement humain ». Est-ce réaliste ? Le titre de notre deuxième partie est un espoir dans ce sens, mais plus que les hommes ce sont les masques juridiques (les « personnes ») qui comptent dans la société anonyme.

mes (qui ne sont pas seulement des salariés). Cette extension du droit dépend pour une part importante de la structuration interne de la société anonyme, à ses deux niveaux de gestion et de contrôle.

Section 1 : Le facteur capital;

Section 2 : Le facteur travail.

Section 1. — Le facteur capital.

176. — Pour structurer la société anonyme, le législateur français semble attiré, plus ou moins consciemment, par un modèle psychologique de personne humaine autonome : la formation et l'exécution de la volonté sociale sont conçues à l'intérieur d'un cadre unitaire, qui donne à cette volonté son caractère singulier.

Toutefois, ce modèle ressemble plus à une projection, à un juste milieu idéalisé, qu'à la réalité la plus fréquente des sociétés. La doctrine a perçu depuis longtemps la relativité qu'il fallait donner à la notion de personne morale (8).

Or, la société anonyme est peut-être la société qui se prête le plus à des situations où la volonté sociale subit des infléchissements, voire un enchaînement. Le législateur a beau accroître sa complexité formelle, la plasticité capitaliste demeure; loin de constituer un être juridique autonome, la société anonyme peut n'être que le prolongement d'un centre de décision qui lui est extérieur : une personne physique, un autre groupement, des solidarités diverses. Les organes sociaux approchent dès lors, sinon de l'inefficacité, du moins de l'ineffectivité, ce qui n'est pas toujours tolérable juridiquement ou même économiquement.

Les causes essentielles de cette situation doivent naturellement être trouvées dans le régime des actions et les pouvoirs des assemblées d'actionnaires. Mais les techniques utilisées au niveau des autres organes sociaux peuvent aussi résoudre certains problèmes du pouvoir économique.

Ainsi, d'ores et déjà, les fonctions des commissaires aux comptes sont adaptées aux réalités nouvelles. La tendance, plus ou moins ferme en droit positif, à l'extension de leurs pouvoirs de contrôle, correspond sans aucun doute à l'évolution inévitable des groupes de sociétés.

En revanche, le directoire et le conseil de surveillance n'ont pas été conçus dans cette optique. Ils sont mal défendus contre l'utilisation de leur apparence : en effet, la société anonyme de type nouveau peut facilement servir de masque à une entreprise individuelle (§ 1).

De plus, sa volonté peut être liée plus ou moins étroitement, à un groupement d'entreprises (§ 2).

(8) V. particulièrement R. Chauveau, Les abus de la personnalité morale des sociétés, *Rev. Gén. Com.* 1938, 397; J. Hamel, La personnalité morale et ses limites, *D.* 1949, Chron. 141; *La personnalité morale et ses limites,* ouvrage collectif de l'Institut de Droit Comparé de l'Université de Paris, L.G.D.J., 1960.

§ 1. — Société anonyme à directoire et entreprise individuelle.

177. — Il est devenu anodin de constater que ce sont assez souvent des raisons extérieures au droit des sociétés qui peuvent conduire à utiliser la société anonyme. Certes, on peut insister sur les risques d'une pareille opération (9) et décourager ceux pour lesquels les objectifs de droit fiscal (10) ou de droit social ont pris trop d'importance. Il n'est pas sans inconvénient de passer de la liberté de l'entreprise individuelle aux contraintes de fonctionnement et à la rigueur du contrôle des sociétés anonymes. Le bilan financier de ce changement peut fort bien se révéler négatif, et les risques personnels en cas de défaillance financière (comblement, extension, banqueroutes, faillite personnelle) doivent inciter à la prudence.

Cependant, l'attirance pour ce type de combinaisons ne se dément pas, et, quelles qu'en soient les motivations profondes (quand ce n'est pas le désir parfaitement louable d'un accroissement, même différé, des moyens et de l'activité de l'entreprise), il n'est pas inutile de se demander ce qui, dans l'organisation particulière de la société de type nouveau, peut faciliter une telle déviation des objectifs du législateur.

178. — Il est expressément prévu (art. L. 119, al. 2) que les sociétés anonymes dont le capital est inférieur à 250 000 F pourront se doter d'un directeur général unique. L'objectif est louable : on peut confier à un seul homme une gestion qui n'en occuperait pas plusieurs.

Pourtant, cette solution permet d'atteindre d'autres buts. D'abord, il n'est pas obligatoire que le directeur général unique soit la personne qui domine la société : dans ce cas, loin d'être doté de pouvoirs propres, comme le veut la loi, le directeur général unique sera l'instrument du réel propriétaire de l'entreprise, son subordonné. Le droit présentera une analyse fonctionnelle ou un mandat là où existera, en réalité, une sorte de louage de service.

A l'inverse, si l'entrepreneur réel est directeur général unique, les autres organes sociaux risquent de n'exister que pour la forme (sauf les commissaires aux comptes) et le système est encore détourné.

Observons en outre que la modicité du capital n'a pas de relation nécessaire avec le fonctionnement des organes sociaux. Le législateur le reconnaît d'ailleurs, puisqu'un capital inférieur à 250 000 F n'interdit pas à la société de nommer un directoire, c'est-à-dire un collège de gestion.

Dans l'hypothèse collégiale, seule la responsabilité (qui la mettra en jeu ?) pousse à éviter un clivage entre membres du directoire « réels » et membres du directoire « fictifs » (on peut placer le président dans l'une ou l'autre catégorie).

L'article L. 119, al. 2, est la plus nette des mesures, relatives au directoire, qui montrent le désir du législateur de faire une différence entre les grandes et les petites sociétés. Au lieu d'être négative, cette règle consent un avantage aux petites sociétés. Et tout le régime du directoire témoigne du libéralisme avec lequel le législateur envisage l'accès des petites entreprises à la forme anonyme.

Du côté du conseil de surveillance, on peut bien sûr faire valoir l'exigence d'une formation collégiale (trois membres au moins) mais on trouvera ces per-

(9) V. J. DERRUPPÉ, *La mise en société d'une entreprise,* Cridon, Bordeaux, 1973.
(10) V. P. CAMBAR, Les incidences fiscales de la mise en société d'une entreprise, th. Bordeaux, 1974.

sonnes parmi les sept actionnaires nécessaires. Surtout, le même libéralisme se retrouve dans le fait que l'impuissance ou la toute puissance du conseil de surveillance peut être organisée par les statuts : ce n'est pas de ce côté que les contraintes de fonctionnement feront reculer ceux qui portent à la société anonyme une affection trop égoïste.

La possible insignifiance du conseil est même plus tentante que celle du conseil d'administration, puisqu'elle s'assortit de responsabilités plus douces.

Mais le désir d'éviter toute responsabilité personnelle de droit peut pousser l'entrepreneur réel à rester actionnaire : la puissance possible de l'assemblée des actionnaires permet un téléguidage efficace, la pratique le montre (11). Et la difficulté de prouver la qualité de dirigeant de fait joue en faveur de l'ineffectivité de toute la structure.

179. — En définitive, seul le coût spécifique des « paravents » que sont le directoire et le conseil de surveillance peut dissuader véritablement l'entrepreneur individuel. En effet, si la société fait de mauvaises affaires, cet entrepreneur va se retrouver dans une situation parfois plus favorable que celle qu'il avait sans société. Car la société, façade creuse, fournit encore une certaine protection à celui qui a su s'en servir pour n'être pas directement responsable en tant que dirigeant de droit (12). Malgré la qualité, la généralité des techniques de la loi du 13 juillet 1967, qui permettent d'atteindre les véritables responsables, le masque social impose aux tiers une preuve particulière. Et le droit des sociétés qui veut assurer leur sécurité, constitue ici un obstacle supplémentaire.

C'est dire qu'il faudrait prendre le problème à la racine, et réserver la société anonyme aux grandes entreprises (13). Sinon, le législateur continuera de refuser les réformes nécessaires à ces dernières; en cherchant le juste milieu, il adoptera des solutions qui ne vont satisfaire ni les petites sociétés, ni les grandes.

La multiplication des critères de dimension n'est peut-être pas non plus une bonne solution, car elle aboutit quand même à encourager les petites entreprises à prendre l'habit de la société anonyme. Certes, une partie du problème pourrait être résolue comme on le souhaite parfois (14), par une égalisation des régimes sociaux et fiscaux avec la S.A.R.L. et son gérant.

Mais le problème des responsabilités demeurera, et avec lui, celui de l'ineffectivité des structures et de la sécurité des tiers.

Ne serait-il donc pas heureux de relever les dimensions minimales de la société anonyme, et tout particulièrement, de celle qui a un conseil de surveillance dont les membres sont moins responsables que les administrateurs ?

Cette solution poserait à son tour des problèmes, quant à sa mise en œuvre (le choix entre les nombreux critères de dimension), et quant au sort

(11) V. J. BOURGEAUX, La direction des sociétés anonymes. Etude sociologique, th. Lyon II, 1973.

(12) Sur cette preuve, v. J.-L. RIVES-LANGE, La notion de dirigeant de fait dans l'article 99 de la loi du 13 juillet 1967, *D.* 1975, Chron. 41.

(13) Dans ce sens, v. notamment R. CONTIN, *Le contrôle de la gestion de sociétés anonymes*, n° 737, p. 501; J. GUYENOT, L'adaptation du droit des sociétés aux réalités de l'entreprise selon le rapport Sudreau, *Gaz. Pal.* 5 et 8 oct. 1976, n^{os} 27 et 28.

(14) Rép. Min. Econ. et Fin. à M. Frédéric Dupont, *J.O.*, Déb. Ass. Nat., 12 mai 1976, p. 2909; *Rev. Soc.* 1976, p. 571. L'honorable parlementaire réclame que l'on remédie « à cette injustice que subissent les gérants majoritaires de S.A.R.L. ». V. aussi Ph. GERBAY, Un exemple de la contribution apportée par le droit fiscal au droit des sociétés, *Rev. Soc.* 1977, 19; J. GUYENOT, préc., n° 26.

réservé aux anciennes « petites sociétés anonymes » (S.A.R.L. améliorée, entreprise individuelle à responsabilité limitée ?)...

§ 2. — Société anonyme à directoire et groupement d'entreprises.

180. — Depuis longtemps les juristes ont relevé la complexité des liens qui peuvent unir entre elles les entreprises (15). Ces liens passent par des techniques fort diverses (16), comme les conventions d'exclusivité (17), les contrats d'intégration, d'entreprise-pilote, les solidarités diverses. La technique la plus employée reste la société. Elle est donc à la fois le sujet et l'objet des regroupements, elle sert à structurer une entreprise et à regrouper les entreprises.

La société anonyme offre des possibilités de regroupement déclaré : fusion, scission (dont les traités sont publiés au registre du commerce), création de sociétés nouvelle (filiale commune, société de sociétés), offre publique d'achat ou d'échange, communauté de dirigeants.

Elle se prête aussi à des stratégies plus discrètes. La négociabilité des actions facilite les prises de participation et de « contrôle » (18) : le changement de majorité s'avère une technique simple et directe de regroupement.

La taille des groupements n'est pas limitée, si ce n'est, indirectement, par les textes régissant la concurrence (19); et l'on voit des groupes industriels réunir plus de huit cents sociétés. Certaines correspondent à des entreprises commerciales, industrielles ou financières déterminées. D'autres sont plus difficilement rattachables.

Le champ des possibilités ouvertes par les groupes de sociétés est donc particulièrement vaste, et pareillement celui des problèmes, qui ont suscité une vague de recherches doctrinales, parfois contrastées (20), sur la méthode d'approche.

(15) V. M. Gegout, Filiales et groupements de sociétés, th. Paris, 1929; M. Vanhaecke, Les groupes de sociétés, th. Caen, 1958, B.D.P., t. XVI, préf. R. Plaisant.

(16) V. C. Champaud, Les méthodes de groupement des sociétés, *Rev. Trim. Dr. Com.* 1967, 1003; *Le pouvoir de concentration dans les sociétés par actions,* p. 209 et s., nos 268 et s.; P. Bézard, L. Dabin, J.-F. Echard, B. Jadaud, A. Sayag, *Les groupes de sociétés, une politique législative* (Le droit des affaires, Paris, 1975); *Droit des groupes de sociétés. Analyse-Propositions-Fondation nationale pour le droit de l'entreprise,* Librairies techniques, 1972.

(17) J. Guyenot, Les conventions d'exclusivité, *Rev. Trim. Dr. Com.* 1961, 513, Les contrats de concession exclusive, B.D.C., n° 16.

(18) Sur ce sujet abondamment discuté v. notamment B. Oppetit, La prise de contrôle d'une société au moyen d'une cession d'actions, *J.C.P.* 1970, I, 2361. Comp. J. Paillusseau et R. Contin, La cession de contrôle d'une société (à propos d'un important arrêt de la Cour d'Appel de Rennes), *J.C.P.* 1969, I, 2287 (éd. G.) éd. C.I., 87052. La controverse a porté notamment sur les pouvoirs d'intervention du juge dans la vie sociale. La Cour de Cassation a cassé (Com. 21 janv. 1970, *J.C.P.* 1970, II, 16541, n. Oppetit; *Rev. Soc.* 1970, 291, n. J.G.) un arrêt de la Cour de Rennes reconnaissant aux tribunaux le soin d'apprécier l'opportunité d'une cession d'actions décidée par le conseil d'administration (affaire *Cassegrain-Saupiquet,* Rennes, 23 févr. 1968, *J.C.P.* 1969, II, 16112, n. Paillusseau et Contin; *Rev. Trim. Com.* 1870, p. 738, obs. crit. R. Houin. Aj. A. du Cheyron du Pavillon, L'agrément d'un associé, th. Bordeaux, 1974, p. 297 et s.).

(19) V. Y. Loussouarn et J.-D. Bredin, La réglementation des ententes, *D.* 1963, Chron. 33; F.-Ch. Jeantet, Vers un contrôle européen des concentrations faisant obstacle à la concurrence, *J.C.P.* 1974, C.I., 11542.

(20) V. J. Paillusseau, Les groupes de sociétés, Analyse du droit positif français et perspectives de réforme, *Rev. Trim. Dr. Com.* 1972, 813; B. Oppetit et A. Sayag, Méthodologie d'un droit des groupes de sociétés, *Rev. Soc.* 1973, 577; Bézard, Dabin, Echard, Jadaud et Sayag, préc. n. 16.

Les premiers problèmes se posent lors de l'opération de regroupement. En droit des sociétés, ils portent essentiellement sur la structuration des organes de direction et sur la protection des actionnaires « libres » (21).

Lorsque le groupe fonctionne, apparaît une nébuleuse de questions étroitement dépendantes les unes des autres, qui tiennent surtout à l'autonomie des sociétés participantes (22) et aux possibilités de contrôle de l'ensemble (23).

Tous ces aspects retentissent plus ou moins directement sur le directoire et le conseil de surveillance, qui présentent une certaine adaptabilité dans le droit actuel. Mais il faut avouer que les problèmes ne sont pas encore conçus globalement. Le législateur continue de s'y refuser, malgré les propositions de loi de M. P.-B. Cousté (24), qui s'inspirent du droit allemand (25), et malgré les tendances apparues au niveau européen (26).

I. — L'adaptation réalisée par le droit actuel.

181. — La société anonyme à directoire présente des caractères qui peuvent servir à résoudre efficacement certains problèmes des groupes des sociétés. Mais ce ne sont là que facultés pour les utilisateurs, qui peuvent avoir intérêt à ne pas adopter ces structures, notamment s'ils désirent profiter de la dilution des responsabilités que permettent les groupements complexes.

Les avantages de la société anonyme à directoire tiennent essentiellement ici à la distinction entre la gestion et le contrôle : le conseil de surveillance, qui n'exerce pas lui-même la gestion, peut devenir l'organe relais idéal pour le fonctionnement du groupe. Dans une société dominante, il va pouvoir regrouper les dirigeants des sociétés dominées, qui pourront siéger au nom de celles-ci. Le conseil devient l'instance où se délibère la synthèse des intérêts des filiales. Cela convient parfaitement aux holdings; on réserve à des spécialistes la direction financière d'ensemble.

Dans une société dominée, le conseil de surveillance peut constituer la courroie de transmission nécessaire avec la société dominante; et l'autonomie du directoire permet de distinguer plus clairement la source des pouvoirs.

Un certain nombre de dispositions légales confirme ce double avantage. Ainsi, l'organe de gestion, c'est-à-dire le directoire, conserve la même compo-

(21) V. R. Rodière, La protection des minorités dans les groupes de sociétés, *Rv. Soc.* 1970, 243; D. Schmidt, Les droits de la minorité dans la société anonyme, B.D.C. n° 21, p. 157, n°s 212 et s.; Quelques remarques sur les droits de la minorité dans les cessions de contrôle, *D.* 1972, Chron. 223.

(22) V. R. Contin, L'arrêt Fruehauf et l'évolution du droit des sociétés, *D.* 1968, Chron. 45; *Rv. Soc.* 1968, 363; R. Contin et H. Hovasse, L'autonomie patrimoniale des sociétés. Réflexions sur les finalités d'une organisation juridique des groupes, *D.* 1971, Chron. 469.

(23) V. notamment C.-J. Berr, La place de la notion de contrôle en droit des sociétés, *Mél. Bastian,* t. I, p. 1; J.-M. de Bermond de Vaulx, L'usage de la notion de contrôle par le conseil d'administration ou le directoire dans les sociétés anonymes, *J.C.P.* 1970, C.I., 88496; J.-P. Sortais, *Encycl. Dalloz,* v° *Société anonyme,* n°s 110 et s.

(24) Propositon n° 1055 du 9 avril 1970, reprise sous le numéro 52 le 2 avril 1973, v. R. Rodière, art. préc., n. 21; J. Paillusseau, Faut-il en France un droit des groupes de sociétés ? *J.C.P.* 1971, G., 2401 *bis;* C.I., 10173. Aj. La proposition n° 1211 du 1er août 1974.

(25) V. en particulier R. Sinay, Vers un droit des groupes de sociétés, *Gaz. Pal.* 1967, 1, Doctr. 70.

(26) R. Houin, Les groupements d'entreprise vus l'échelle européenne, *Rev. Int. Dr. Comp.* 1965, 321; R. Sinay, Le droit des groupes dans le projet de société anonyme européenne, *Gaz. Pal.* 1968, 1, Doctr. 118; R. Rodière, Réflexions sur les avant-projets d'une directive de la commision des communautés européennes concernant les groupes de sociétés, *D.* 1977, Chron. 137.

sition lors des fusions. Mais le conseil de surveillance peut dans ce cas doubler le nombre de ses membres (art. L. 129). Les cumuls de postes sont rigoureusement limités au directoire (maximum deux et autorisation du conseil pour le deuxième poste) alors que, jusqu'à maintenant, la même personne physique peut siéger dans huit conseils de surveillance; et même, une personne morale peut être nommée dans un nombre illimité de conseils alors qu'elle ne peut devenir membre du directoire.

Surtout, les pouvoirs propres et la stabilité du directoire le dotent d'une capacité de résistance à l'influence excessive du groupe. Le recul des limites légales aux pouvoirs de décision vis-à-vis des tiers est certes un atout dont le maniement est dangereux s'il va contre les désirs de la majorité des actionnaires. Mais les garanties dont bénéficient les membres du directoire quant à leur révocation, ainsi que la possibilité d'avoir un contrat de travail dont le maintien est assuré en cas de changement dans la direction juridique de l'entreprise, constituent des motifs plus solides d'indépendance.

Il est normal de ne pas retrouver cette résistivité structurelle au conseil de surveillance, puisqu'il est précisément le relais du groupe dans la société.

En outre, la liberté laissée aux statuts sur le terrain du fonctionnement des organes nouveaux rend possible l'adaptation volontaire à certaines nécessités du groupe. C'est ainsi que le rapport trimestriel du directoire peut porter (doit, si les statuts l'exigent) sur la marche des différentes sociétés du groupe (27). Le conseil de surveillance peut, lui aussi, se voir reconnaître la faculté ou le devoir de s'informer sur l'ensemble du groupe, et les deux organes peuvent mettre en évidence devant l'assemblée le bilan positif ou négatif des rapports avec la société dominante ou la société dominée. Ils pourraient donc préparer, ou solliciter des décisions de compensation de la part de l'assemblée générale en faveur des actionnaires minoritaires (28).

Enfin, la société anonyme à directoire apparaît comme un progrès logique par rapport à la société anonyme de type classique. Non seulement elle adopte la réglementation du conseil d'administration vis-à-vis des groupes (fusions, cumuls, contrôle des conventions), non seulement elle procède à une distinction plus nette des responsabilités, mais elle peut encore réaliser un excellent mariage entre deux sociétés à conseil d'administration : les deux présidents deviennent membres du directoire (avec trois des directeurs généraux si nécessaire), et les administrateurs se retrouvent tous au conseil de surveillance. Plus généralement, la pluralité des gestionnaires facilite les regroupements là où, autrefois, il fallait nécessairement éliminer.

Rappelons en outre que le directoire et le conseil de surveillance, peuvent, en dehors de la société anonyme, contribuer à faciliter des opérations de regroupement, notamment dans les groupements d'intérêt économique (29).

II. — Critique.

182. — Ces avantages, pour intéressants qu'ils soient, n'atteignent que des fragments du problème.

(27) Comp. art. 68-2 et 68-3 du projet C.E.E.

(28) Cette compensation entre dans un système obligatoire pour les groupes de droit selon l'Aktiengesetz; v. J. LEBLOND, Une lacune importante de la proposition de loi sur les groupes de sociétés et la protection des actionnaires, *Gaz. Pal.* 1971, 1, Doctr. 185.

(29) V. *supra*, n° 6.

Rien n'oblige en effet le groupement à se servir du conseil de surveillance comme d'un organe-relais. La tentation consiste même à en faire un organe-fantôme, et à transmettre directement des ordres que le directoire doit simplement exécuter (30). La responsabilité lui en restera, et cela fait l'affaire des véritables maîtres des affaires sociales.

Le formalisme de la société anonyme se comprend non seulement si elle a une certaine dimension, mais encore si elle est autonome. Il encombre, en revanche, si l'on veut faire jouer à la société un rôle pour lequel elle n'est pas faite. Or la pratique des groupes montre que les sociétés peuvent servir de patrimoine d'affectation, de structure d'attente, de personne interposée, de création financière destinée à gonfler la surface de crédit d'un ensemble complexe, etc. La société devient alors une technique de fraude ou de simulation, et l'on peut s'étonner que les sanctions correspondantes du droit civil n'aient pas été plus souvent utilisées (31).

Certes, des remèdes nouveaux sont apparus. Mais ils ne sont pas toujours très sûrs (32) et ils restent discutés par la doctrine (33). On défend l'autonomie sociale en vérifiant la conformité des actes des différents organes à l'intérêt de la société, pour déclencher des procédures particulières (désignation d'un expert de minorité, nomination d'un administrateur judiciaire, d'un mandataire *ad hoc*) ou annuler certains actes (abus de majorité).

Mais les juges se montrent, à juste titre, très prudents dans l'admission de telles actions, qu'ils assortissent d'autres conditions, cherchant à éliminer la part de subjectivité qu'impose la recherche de l'intérêt social (34).

Or, paradoxalement, les auteurs les plus acharnés à prôner la notion d'intérêt social et l'intervention judiciaire sont les premiers à regretter le tort que peut causer l'emploi de cette notion aux groupes de sociétés (35). Ne va-t-on pas défendre par trop l'autonomie d'une société dominée ?

Il s'agit, en réalité, de trouver un équilibre entre l'intérêt de la société, qui n'est plus absolu, et l'intérêt du groupe, dont on commence à reconnaître la légitimité.

Cette recherche implique des modifications de structure qui se présentent, de lege ferenda, selon l'alternative suivante.

183. — Première solution, on peut imaginer, au sein des groupes, des sociétés munies d'un appareillage organique plus léger que celui qu'on exige des sociétés isolées.

Seconde solution, on s'en tient à une conception atomistique de la société, qu'elle soit liée ou non, et on la barde de défenses contre les groupes lorsqu'elle ne fait pas partie d'un ensemble déclaré.

La première solution a l'avantage d'un tour moins répressif. Elle s'accorde avec la plasticité et le dynamisme d'un système plus vaste que la société anonyme

(30) V. Bézard, Dabin et autres, préc. p. 44.

(31) R. Rodière, *Rev. Soc.* 1974, p. 516. La notion de société fictive utilisée dans le droit des procédures collectives s'y rattache, v. R. Houin, *Encycl. Dalloz. Sociétés*, v° *Faillite, règlement judiciaire et liquidation des biens*, n° 328; J.-F. Artz, L'extension du règlement judiciaire ou de la liquidation des biens aux dirigeants sociaux, *Rev. Trim. Dr. Com.* 1975, p. 1, spé. n°s 3, 14 et 15.

(32) V. Bézard, Dabin et autres, p. 312 et s.

(33) V. D. Schmidt, th. citée n. 21, p. 141, n° 191; Hémard, Terré et Mabilat, t. II, n° 388; B. Oppetit, art. préc., n. 18 et 20. Comp. C. Champaud, J. Paillusseau, R. Contin, ouvr. cités aux n. 16, 18, 20 et 22.

(34) Rappr. J.-C. Bousquet, n. sous Com. 22 avril 1976, *D.* 1977, J, p. 4.

(35) J. Paillusseau, art. préc., n. 20, *Rev. Trim. Dr. Com.* 1972, n° 72.

elle-même, et pour lequel une rigidité organiciste ne peut mener qu'à des impasses. De plus, pour profiter des avantages ainsi offerts, les groupes devront se déclarer spontanément.

La seconde solution remet peut-être moins de règles en question. Elle correspond à un mouvement qui existe déjà, en jurisprudence et en doctrine, pour les procédures collectives de règlement du passif (36) (et spécialement la procédure de suspension provisoire des poursuites), en droit pénal (37), en droit du travail (38), et en droit fiscal (39).

La première proposition Cousté se place elle aussi plutôt dans le second courant. Elle n'adopte pas, comme le droit allemand, un double système (groupes de droit, groupes de fait). Elle s'en tient à deux critères fondamentaux, qui sont le lien de dépendance et l'unité de direction. On voit immédiatement que les critères même d'existence du groupe constituent des atteintes aux pouvoirs de la société tels qu'ils sont conçus actuellement : le groupe peut donner des ordres aux sociétés affiliées (art. 27) et les « ordres de direction » ne peuvent être donnés que par les organes qualifiés de la société dominante aux organes qualifiés de la société dominée (art. 28). Malgré cela, les organes et leurs pouvoirs resteraient soumis aux définitions du droit actuel.

Certes, on peut estimer que la société à directoire dispose d'un moyen spécifique pour adapter cette procédure : les ordres, quoique plus impératifs que les autorisations de l'article L. 128, al. 2, seraient transmis par le conseil de surveillance et devraient correspondre à un catalogue.

Telle n'est pas la solution de la proposition de loi : « si l'exécution d'un ordre de direction requiert l'agrément du conseil de surveillance, de l'assemblée générale ou de tout autre organe de la société affiliée, et que cet agrément soit refusé ou non accordé dans un délai raisonnable, la société dominante est en droit de réitérer l'ordre de direction qui devra alors recevoir exécution même sans l'agrément (art. 29 du projet).

On voit donc que le rôle du conseil de surveillance dans la société dominée est réduit au contrôle des décisions « autonomes ». Est-ce compatible avec le maintien des dispositions actuellement en vigueur ? Nous ne le pensons pas, et il serait plus logique de rejoindre clairement la première solution, c'est-à-dire de concevoir un conseil allégé propre aux sociétés affiliées.

Mais cette solution ne conviendrait pas à la conception élargie du conseil de surveillance choisi comme cadre de la « cosurveillance » (40).

(36) T. Com. Toulouse 22 nov. 1968, *J.C.P.* 1969, II, 15708, n. G. Toujas. — T. Com. Lille 20 et 24 mars 1970, *J.C.P.* 1970, II, 16388 n. J. Gensburger; *Rev. Trim. Dr. Com.* 1970, p. 91, obs. R. Houin; 1971, p. 117, obs. C. Champaud. Aj. J.-F. Artz, art. préc., n. 31.

(37) J. Léauté, La reconnaissance de la notion de groupe en droit pénal des affaires, *J.C.P.* 1973, I, 2551; M. Trochu, M. Jeantin, D. Lange, De quelques applications particulières du droit pénal des sociétés au phénomène économique des groupes de sociétés, *D.* 1975, Chron. p. 7; P. Leoty, L'abus des biens sociaux et le groupe (à propos de l'affaire Froment), *J.C.P.* 1975, éd. C.I., 11861; P. Delaisi, L'affaire Agache Willot et le problème général des groupes de sociétés, *Gaz. Pal.* 11 juin 1975; G. Sousi, Intérêt du groupe et intérêt social, *J.C.P.* 1975, C.I., 11816.

(38) H. Sinay, Stabilité de l'emploi et transfert de l'entreprise, *J.C.P.* 1961, I, 1647; G.-H. Camerlynck, Le transfert du salarié, *D.* 1966, Chron. 133; B. Oppetit, Groupes de sociétés et droit du travail, *Rev. Soc.* 1973, 69; M. Despax, Groupes de sociétés et institutions représentatives du personnel, *J.C.P.* 1972, I, 2645; I. Vaccarie, Groupes de sociétés et relations individuelles de travail, *Dr. Soc.* 1975, 23; M. Despax et C. Champaud, Le droit social et les groupes d'entreprises, *Cahiers de droit de l'entreprise* 1977, n° 1.

(39) V. J.-P. Grelo, La notion de groupe en droit fiscal, *J.C.P.* 1969, C.I., 87102; J. Guyenot, Le régime juridique et fiscal des sociétés participantes d'un groupe, *Gaz. Pal.* 3 mai 1973.

(40) Comp. pour le conseil d'administration, P. Bézard, L. Dabin et autres, p. 45.

Pourrait-on s'en consoler en relevant que la société anonyme à directoire du droit actuel cadre mieux avec les exigences d'une société dominante ?

Peut-être pas. Car la situation ne se présente pas toujours avec cette simplicité (41), et il faut beaucoup d'imagination pour définir précisément la « domination », ce que n'a pu faire de façon pleinement satisfaisante la première proposition Cousté. Qu'en est-il en effet en cas de participations circulaires, ou lorsqu'il y a plusieurs sociétés-mères ? Les critères choisis sont alors inapplicables et le système ne se traduira que par un formalisme supplémentaire, inutilement rigide et financièrement coûteux (42).

184. — La diversité actuelle des groupes est encore plus grande que celle des sociétés, il semble insuffisant d'imposer un système unique. Des instruments d'approche plus perfectionnés deviennent nécessaires (43).

Des solutions moins inspirées du droit des Konzern (qui lui, est adapté à une conception plus rigide de la société par actions) ont été avancées. Mais elles concernent principalement la situation des actionnaires libres et négligent le problème des atteintes portées à la structure organique des sociétés dominées.

Ces atteintes existent, et si l'on considère qu'elles sont légitimes, encore est-il préférable qu'elles soient connues des actionnaires, des salariés et des tiers. On peut envisager une information par clauses des statuts publiées au registre du commerce. Elle porterait essentiellement à deux niveaux.

Au niveau du directoire, seraient définies la nature et la portée des limitations de pouvoir destinées à assurer le respect des décisions du groupe. Un système restrictif de responsabilité (moins poussé que dans l'art. 30 de la première proposition Cousté) pourrait être mis en place. La stabilité du directoire pourrait être renforcée, sa subordination l'étant également. Par exemple, on pourrait décider que la désobéissance aux ordres du groupe constitue une condition de la révocation, et non seulement une cause de refus d'indemnisation (44). Mais, d'un autre côté, la stabilité du directoire pourrait être atténuée par une procédure de révocation judiciaire offerte aux actionnaires minoritaires (45), car ces derniers peuvent tout aussi bien pâtir de cette stabilité.

Au niveau du conseil de surveillance, il faudrait également procéder à un partage précis des compétences avec le groupe. La réduction des pouvoirs de contrôle proprement dit du conseil pourrait être compensée par une extension de ses pouvoirs d'information, qui porteraient sur les relations internes de groupe (46) et les rapports entre la société considérée et les sociétés sœurs ou

(41) *Ibid.*, p. 44.
(42) R. RODIÈRE, art. préc., n. 21, n° 27.
(43) V. B. OPPETIT et A. SAYAG, art. préc., n. 20; BÉZARD, DABIN et autres, p. 69.
(44) Comp. déjà avec un arrêt de la Cour de Cassation approuvant une Cour d'Appel dans son refus d'indemniser le directeur général révoqué d'une société et de ses filiales. La motivation, qui établit nettement les fautes reprochées au directeur révoqué pêche sans doute par excès. Elle conviendrait, en tout cas, à la révocation d'un membre du directoire : Com. 2 juil. 1973, *Rev. Soc.* 1974, 514, n. R. RODIÈRE.
(45) Rappr. art. L. 55, al. 2 (S.A.R.L.), 1851, C. Civ. (Sociétés civiles, 1978). Mais cette solution peut être critiquée. La protection des minorités n'a pas le même caractère dans les sociétés par actions, car les actionnaires peuvent facilement se défaire de leurs titres. Les dirigeants révoqués seront remplacés par d'autres nommés par un conseil de surveillance resté hostile à la majorité. De plus, la cause légitime de révocation doit revêtir une gravité exceptionnelle à laquelle s'exposeront rarement les membres du directoire. Enfin, il s'agirait d'une nouvelle intervention judiciaire dans le fonctionnement de la société anonyme.
(46) Cf. H. CHASSERY, Les attributions du conseil de surveillance, *Rev. Trim. Dr. Com.* 1976, n° 11, p. 466; M.-D. CRUÈGE, La dualité des organes de contrôle dans les sociétés anonymes à directoire, *Rev. Soc.* 1975, 421. Pour une vue critique des projets européens sur la question v. R. RODIÈRE, Réflexions sur les avant-projets de la Commission des Communautés Européennes concernant les groupes de sociétés, *D.* 1977, Chron. 139, spé. n° 18, p. 143.

cousines. Il y aurait moins d'obstacles, dès lors, à faire du conseil une instance où seraient représentées les minorités d'actionnaires et les salariés de l'entreprise. Mais cela supposerait de nouvelles règles, plus autoritaires, quant à la composition du conseil de surveillance.

185. — De plus, d'une façon générale, de telles solutions ne pourraient être mises en œuvre que si le groupe, ou la domination, sont définis juridiquement.

L'étude des défauts des structures organiques montre bien qu'un critère trop formaliste se prête facilement au détournement. Une solution qui laisserait au juge un grand pouvoir d'appréciation pourrait, dans un premier temps (où nous sommes...) être envisagée : la diversité des situations fait du groupe une question de fait. Tel semble être le point de vue du doyen Rodière, qui explique ainsi l'échec de la première proposition Cousté, et qui attend de la jurisprudence qu'elle fasse « mûrir le problème » pour permettre « d'en saisir tous les aspects en vue d'une légifération de bon aloi » (47).

On peut cependant observer que dores et déjà, les juges doivent être munis d'un outillage minimum, notamment pour appliquer la notion de groupe de fait que dégage le doyen Rodière. Or cet outillage reste insuffisant dans le droit actuel (48).

Une deuxième proposition de loi de M. P.-B. Cousté tient compte de critiques adressées à la première et propose des points de départ intéressants (49). Elle est rejointe par le rapport Sudreau qui préconise l'expérimentation de formules contractuelles avant de passer à une phase législative (50). Mais le rapport ne traite que de la protection financière des actionnaires, sans aborder le problème de cette protection au niveau organique.

Ces formules d'incitation sont peut-être, elles aussi, promises à l'échec. Car les groupes sont peu tentés de dévoiler d'eux-mêmes les imbrications véritables de leurs sociétés. Du moins aiment-ils choisir ceux qu'ils informent. L'amélioration du droit de la société anonyme de groupe nécessite une approche certes successive, mais surtout globale. Les contrats proposés devront contenir suffisamment d'avantages (fiscaux notamment) pour intéresser ceux qu'ils assujettiront à une obligation de révélation.

Ces difficultés tant théoriques que pratiques montrent en tout cas à quels risques l'on s'expose si l'on abandonne trop facilement la conception atomistique de la société. Mais à tout prendre, celle-ci n'est-elle pas par elle-même un lieu d'incertitudes ? Même si les problèmes de groupes trouvaient des solutions convenables, le problème de la participation des salariés resterait délicat au sein de la société elle-même.

Section 2. — **Le facteur travail.**

186. — Dans le droit classique, le « facteur travail » n'existe pas à proprement parler : il n'apparaît qu'une série plus ou moins grande de situations individuelles. L'esprit collectif n'existe pas comme il peut exister lorsque le capital est réuni par une société.

(47) R. Rodière, note sous Cass. Com. 2 juil. 1973 préc., n. 44.
(48) Bézard, Dabin et autres, p. 193 et s.
(49) V. proposition n° 1211, session 1974-1975. P.-B. Cousté, Vers un nouveau statut des groupes de sociétés, *Gaz. Pal.* 1975, 25-27 mai.
(50) Chap. IV, v. p. 136.

L'évolution du droit a bouleversé cette conception (51). Le contrat de travail individuel demeure, mais il est pris dans un ensemble de règles communes à toutes les situations identiques. L'employeur a en face de lui une collectivité organisée, dotée de moyens d'expression propres. Cette transformation s'est faite pour partie au niveau des secteurs économiques et pour partie dans le cadre de l'entreprise.

En plus d'une technique contractuelle fort importante (les accords d'entreprise), il y a eu, dans ce cadre, un large mouvement d'institutionnalisation avec les délégués du personnel, le comité d'entreprise et la section syndicale.

Beaucoup plus nettement que les deux autres formes de représentation du personnel, qui ont essentiellement des buts revendicatifs, le comité d'entreprise a été investi de fonctions de coopération avec la direction de l'entreprise en matière économique et sociale.

Mais les espoirs, conçus à la Libération (entre autres par René Capitant) d'aboutir à une forme de cogestion, ont été déçus pendant les trente années qui ont suivi. Les attributions du comité sont restées pour la plupart consultatives (52), et les perspectives ouvertes en matière économique par l'article 2 de l'ordonnance du 22 février 1945 n'ont pas été exploitées au mieux (53).

Observons toutefois que les meilleurs résultats en la matière semblent avoir été obtenus par les entreprises en forme de société anonyme. Des enquêtes ont montré que l'information économique tient une place notable dans l'activité du comité de la plupart des grandes entreprises (54).

Ce constat peut être interprété de diverses façons. En effet, les textes relatifs au comité d'entreprise font une place à part aux sociétés anonymes : le comité y reçoit une information économique et comptable analogue à celle des actionnaires (art. L. 432-4); l'assistance d'un expert comptable est de droit. Une participation consultative au conseil d'administration ou au conseil de surveillance est accordée à deux ou quatre membres du comité (loi du 16 mai 1946, décret du 15 nov. 1973, sous l'art. L. 432-4).

Mais on peut penser que, plus que ces mesures particulières, c'est le contexte général des grandes sociétés anonymes qui autorise une plus grande efficacité des comités d'entreprises.

Cela dit, il n'est pas inutile de consacrer dans les textes cette analyse, même si l'on n'avance que très lentement.

Telle fut l'optique des promoteurs de la société anonyme à directoire, en 1966 : pour eux, cette nouvelle forme constituait une autre étape (après les comités d'entreprise que René Capitant avait contribué à créer) dans un processus de développement destiné à atteindre des objectifs beaucoup plus ambitieux.

Il faut dire un mot de ces objectifs, bien qu'ils soient la plupart du temps présentés sous le mode politique et non juridique. Car ils représentent à la fois les espoirs et les craintes de ceux qui se prononceront sur les réformes actuelles, auxquelles on fait surtout le procès de ce qu'elles peuvent amener dans des décennies.

(51) V. P. DURAND, Rapport sur la notion juridique d'entreprise, *Tx. Assoc. H. Capitant*, Dalloz, 1947.

(52) M. COHEN, *Le droit des comités d'entreprises*, L.G.D.J., 1975, p. 461, Aj. Ch. FREYRIA, Problématique des pouvoirs économiques des comités d'entreprise, *Mél. A. Brun*, 1974, p. 209; Bilan juridique des fonctions économiques des comités d'entreprise, Et. G.-H. Camerlynck, 1977, 273.

(53) P. BOIS, Les comités d'entreprise. Un espoir longtemps déçu peut-il renaître ? *Dr. Soc.* 1969, p. 82.

(54) V. M. COHEN, *op. cit.*, p. 465.

L'objectif le plus cher aux « gaullistes de gauche » tenait dans l'association du capital et du travail d'une façon théoriquement définitive; le pancapitalisme, lancé par Marcel Loichot vise à faire des salariés les actionnaires majoritaires de leur société, par la participation aux résultats de l'expansion (55). Les retombées législatives de cette idée (l'amendement Vallon) n'ont pas suffi à amorcer véritablement le système, qui devait parvenir à ses fins dans les années 80.

René Capitant, dans ses articles de *Notre République* explorait aussi d'autres voies assez proches, en particulier celle des coopératives où il voyait le stade final des différentes transformations des sociétés anonymes (56).

187. — Certaines idées voisines, qui sont de nos jours développées avec constance et conviction, peuvent laisser croire aussi à un mouvement de l'histoire qui consacrerait la dépossession des propriétaires capitalistes au bénéfice des travailleurs. Notamment, l'autogestion (57) vise l'objectif noble d'amener les salariés à une maturité suffisante pour qu'ils puissent prendre en main eux-mêmes les destinées de leur entreprise. Il s'agit pour l'instant essentiellement d'un thème idéologique mobilisateur. Pour passer au stade des réalisations, il lui faudra surmonter des problèmes considérables dans la plupart des secteurs d'activités : problèmes d'habitudes mentales, mais aussi problèmes juridiques de structuration. Enfin, les partisans de l'autogestion devront veiller à ce que leur système ne serve pas à déguiser un capitalisme d'état, qui lui semble antinomique.

Certains milieux patronaux ont développé des vues qui tendent à amoindrir la part, jugée pour lors excessive, des capitalistes dans la gestion des affaires sociales. Le Centre des Jeunes Dirigeants (58) a réussi à émouvoir une partie de l'opinion en lançant l'idée que le pouvoir fondamental ne peut émaner que de l'assemblée réunissant tous les hommes de l'entreprise. L'aspect financier est relégué au second plan, derrière l'aspect humain.

On notera d'ailleurs avec intérêt que le modèle structurel proposé par le C.J.D. repose sur la distinction entre la gestion et le contrôle. Les représentants des apporteurs de moyens financiers siégeraient au conseil d'entreprise, dotés seulement d'une voix consultative, en compagnie des consommateurs et des pouvoirs publics. Mais c'est le conseil d'entreprise qui choisit le leader de l'entreprise, contrôle la réalisation des objectifs et joue un rôle d'arbitre (59).

Pour atteindre ces horizons, la société anonyme à directoire peut servir à faire une partie du chemin. La distinction des fonctions permet de graduer la croissance de la participation des salariés à la gestion, tout en assurant aux apporteurs de capitaux une place essentielle. L'expérience allemande le montre clairement puisqu'elle connaît à la fois la participation au Vorstand et la participation à l'Aufsichtsrat. Dans le premier cas, on peut parler de cogestion, ou de codécision. Dans le second, le rapport Sudreau a imposé en France le terme de cosurveillance.

§ 1 : La cogestion, participation des salariés au directoire;

§ 2 : La cosurveillance, participation des salariés au conseil de surveillance.

(55) M. Loichot, *La réforme pancapitaliste*, R. Laffont, Paris, 1966.
(56) R. Capitant, *Ecrits politiques*, 1960-1970, Paris, Flammarion, 1971.
(57) V. D. Chauvey, *Autogestion*, préf. E. Maire, Le Seuil, 1970; P. Rosan-Vallon, *L'âge de l'autogestion ou la politique au poste de commandement*, Le Seuil, 1976; D. Mothé, *Autogestion et conditions de travail*, Cerf, 1976.
(58) *L'autorité dans l'entreprise*, Hachette, 1974.
(59) *Ibid.*, p. 57.

§ 1. — La cogestion, participation des salariés au directoire.

188. — Dans le droit de 1966, rien n'interdit de nommer un salarié au directoire (art. L. 121, al. 2). Rien n'y oblige non plus. Cette disposition vise surtout à ouvrir l'accès du directoire aux cadres supérieurs. Il n'existe pas, à notre connaissance, de conseil de surveillance qui ait utilisé cette possibilité pour élire au directoire un représentant de tous les salariés d'une société.

C'est dire que le droit allemand n'attire pas excessivement les usagers français, du moins sur cette question. Car la loi sur la cogestion du 21 mai 1951 (Mitbestimmungsgesetz, M.B.G.) a créé, dans les sociétés sidérurgiques et minières, un « Arbeitsdirektor », représentant des salariés au Vorstand (60). Et le Bundestag vient, à une très large majorité, d'étendre cette solution dans les entreprises de plus de 2 000 salariés et les entreprises dominantes d'un groupe rassemblant 2 000 salariés (61).

Succès politique pour le S.P.D., cette réforme a pourtant soulevé de nombreuses objections. L'Arbeitsdirektor doit vraiment réunir de nombreuses qualités pour faire face à ses responsabilités : sa double appartenance peut en faire un conciliateur, mais elle peut aussi le faire rejeter par les uns et les autres : ni vraiment dirigeant, ni vraiment salarié, il ne peut survivre que grâce à un certain consensus, qui existe présentement en Allemagne, mais pas en France, si l'on s'en tient aux apparences verbales.

189. — Du point de vue de la technique juridique, l'Arbeitsdirektor entraîne une répartition légale des fonctions au sein du Vorstand. S'il a vocation à prendre en charge les aspects sociaux de la gestion, il ne peut s'occuper des questions purement capitalistes. Cette distinction n'est pas toujours très aisée étant donné la nature et l'imbrication des problèmes, et cela peut constituer un frein à l'activité du Vorstand tout entier.

Mais la difficulté majeure dépend du système de nomination et de révocation de l'Arbeitsdirektor.

Il pourrait être nommé par un collège électoral représentant les seuls salariés, ou par une organisation représentative analogue au comité d'entreprise. Cette solution s'adapterait au droit français dans les termes que souhaitait René Capitant en 1966; désirant distinguer la société et l'entreprise, il proposait que le conseil de surveillance contrôle au nom des actionnaires et le comité d'entreprise, au nom des salariés : la rencontre des deux structures ne se ferait qu'au niveau où elle s'est toujours faite, c'est-à-dire au niveau de la gestion, ici du directoire ou du Vorstand.

Le droit allemand a choisi une autre voie. L'Arbeitsdirektor est nommé et révoqué par l'Aufsichtsrat à la majorité des deux tiers, comme les autres membres du Vorstand. Mais il faut aussi la majorité des travailleurs dans le M.B.G. de 1951.

(60) V. X. Herlin, *Les expériences alemandes de cogestion*, 1958; F. Emery, *Qu'est-ce que la cogestion ?* Ed. Techniques et Economiques, 1969; J. Carteron, La cogestion, *Rev. Agréés* 1967, 447; C. Ducouloux-Favard, Les travailleurs face à la gestion en droit français et en droit allemand, *I.C.E.* 1975, 100; H. Coing, La participation des travailleurs à la direction des entreprises d'après la législation allemande, *Dr. Soc.* 1971, 30.

(61) 18 mars 1976. V. D. Vernet, *Le Monde*, 20 mars 1976; J. Mauro, L'extension de la cogestion en Allemagne Fédérale, *Gaz. Pal.* 11-13 juil. 1976. V. aussi D. Hoffmann, Droit de cogestion des membres du personnel et projet d'extension de la cogestion en République Fédérale d'Allemagne, *Rev. Soc.* 1974, 457; P. Krsjak, La cogestion en droit allemand à la lumière du rapport Sudreau, *J.C.P.* 1975, C.I., 11760.

Ainsi, les salariés ne peuvent, à eux seuls, élire leur représentant, mais on peut difficilement le nommer sans eux. On peut estimer que ce genre de nomination garantit au mieux l'égalité de statut entre les membres du Vorstand, notamment en ce qui concerne la stabilité.

190. — Bien que l'Arbeitsdirektor soit minoritaire au Vorstand, il semble difficile de faire passer en droit français une solution semblable. Il y a certes des questions psychologiques, la forme des tensions syndicales, en particulier. Mais aussi, raison juridique, il manque l'étape essentielle de la cosurveillance. Même si le M.B.G. est arrivé dans un système qui ignorait presque la participation, l'extension réalisée en 1976 n'a été permise que par le préalable de la cosurveillance née en 1952; techniquement et historiquement, la cogestion dans sa forme appliquée à la structure dualiste, s'appuie sur une forme de cosurveillance.

La même évolution peut-elle se produire dans la société à directoire ?

§ 2. — La cosurveillance, participation des salariés au conseil de surveillance.

191. — En France, la première étape que constitue la cosurveillance n'est pas encore franchie. Les salariés ne peuvent être nommés au conseil de surveillance qu'en vertu du système des souscriptions d'actions (art. L. 142, al. 2, réd. loi n° 73-1196 du 27 déc. 1973). Mais alors ils ne représentent pas l'ensemble des salariés. Quant aux délégués du comité d'entreprise, même s'ils sont plus nombreux à siéger au conseil, ils ne sont pas membres à proprement parler puisqu'ils n'ont pas voix délibérative.

Néanmoins, on peut reconnaître que, dans une certaine mesure, la voie est tracée en direction de la cosurveillance. Pourquoi n'atteint-on pas cet objectif ? Essentiellement parce que son principe même est discuté, et que sa mise en œuvre serait délicate.

I. — Le principe de la cosurveillance.

192. — A l'époque où le gouvernement S.P.D. allemand engageait sa réputation progressiste en défendant le projet Brandt (extension de la cogestion, voir paragraphe précédent), le gouvernement français a multiplié les déclarations d'intention en faveur de la cosurveillance, considérée comme une réforme très importante.

Mais l'enthousiasme semble avoir baissé; on attend toujours, deux ans après le rapport Sudreau, le projet de loi annoncé en avril 1976 par M. Durafour (62). C'est que l'hostilité à la cosurveillance ne s'est pas démentie depuis qu'on la présente comme un progrès nécessaire et inévitable.

On ne s'étonnera pas de la trouver du côté du C.N.P.F. Pour M. Ambroise Roux (vice-président du syndicat patronal), la cosurveillance présente de « très graves dangers ». « L'expérience prouve que cette tentative de synthèse d'intérêts divergents au niveau d'une instance collective se traduit soit par une neutralisation des positions des uns et des autres aboutissant à une paralysie de

(62) V. *Le Monde* du 14 avril 1976.

l'entreprise, soit par des marchandages infructueux entre les partenaires en présence, s'accordant sur des concessions mutuelles qui se font toutes au détriment du seul organisme n'ayant pas voix au chapitre, l'entreprise ». Il faut « repousser avec la dernière énergie » toutes les formules qui visent « à syndicaliser et à paralyser la direction de nos entreprises » (63).

M. Roger Martin, président de Saint-Gobain - Pont-à-Mousson, permet de mieux comprendre l'état d'esprit des patrons lorsqu'il déclare que « la cogestion n'est possible que dans un contexte de collégialité, ou, si l'on préfère, de corresponsabilité ». « Gestion et surveillance ne peuvent s'exercer harmonieusement que dans l'unité de l'entreprise » (64).

De toute façon, la cosurveillance n'est qu'une étape vers la cogestion, c'est-à-dire vers la destruction de la propriété et de l'autorité qui sont les fondements du pouvoir patronal (65).

Enfin, le patronat classique voit plutôt dans la cosurveillance une technique semblable à celle des comités d'entreprise : la politisation et l'esprit revendicatif empêchent, selon lui, d'atteindre aux objectifs de coopération et de paix sociale. Il semble préférable de s'orienter vers d'autres techniques de participation (plan, décentralisation par objectifs, circulation de l'information, etc.).

Du côté des syndicats ouvriers, on retrouve un scepticisme aussi aigu. M. Henri Krasucki écrit qu'on offre aux travailleurs « la possibilité d'élire un otage au comité (*sic*) de surveillance » et M. Edmond Maire critique le gouvernement qui, selon lui, « s'en remet au patronat du choix des mesures à prendre » (66). Même état d'esprit au parti communiste (une « tentative de duperie ») et au parti socialiste. Pour M. Jacques Delors, la cosurveillance est une « idée qui procède de la mystification : c'est le sucre d'orge que l'on veut donner aux travailleurs » (67). Vue voisine chez M. Georges Sarre, pour lequel la cosurveillance est une solution dérisoire tant que l'on ne s'attaque pas au droit de propriété (68).

De plus, « la cosurveillance ne servira que d'instrument de propagande orienté essentiellement contre la C.G.T. et en faveur des syndicats minoritaires pratiquant une collaboration de classes » (69). Certains déduisent que ces attitudes que les syndicalistes craignent de participer, car « ils n'auraient plus les mains libres pour la revendication et la contestation » (70).

On trouve une analyse un peu différente sous la plume de M. Daniel Mothé, militant C.F.D.T. et auteur d'ouvrages remarquables sur la condition ouvrière. Selon lui, les propositions du rapport Sudreau « tendent à renforcer le système bureaucratique sans pour autant toucher quoi que ce soit aux structures sociales internes de l'entreprise ». Le problème doit être pris ailleurs, car les partenaires sociaux sont actuellement complices pour conserver ces structures (71).

(63) Déclarations faites à l'assemblée générale du C.N.P.F. le 13 janvier 1976, v. *Le Monde*, 14 janv. 1976, p. 31.

(64) Roger MARTIN, Pour se réformer, l'entreprise doit à la fois se décentraliser et se donner un plan, *Le Monde*, 8 juin 1976, p. 9.

(65) V. les déclarations de M. P. BATAILLE, président du conseil d'administration de Poclain et de M. J. FONTANET, ancien ministre, *Cahiers de droit de l'entreprise* 1975, n^{os} 3-4, « La réforme de l'entreprise », préparé et coordonné par B. TEYSSIE, p. 20 et 21.

(66) Déclarations faites après la conférence de presse du Président de la République, *Le Monde*, 15 avril 1976, p. 32.

(67) *Sud-Ouest*, 2 mai 1975, p. 2.

(68) *Le Monde*, 15 avril 1976, p. 32.

(69) M. COHEN, *Cahiers de droit de l'entreprise*, préc. n. 65, p. 20.

(70) J.-L. SERVAN-SCHREIBER, *L'entreprise à visage humain*, « Libertés 2000 », Robert Laffont, p. 165.

(71) *Le Monde*, 25 avril 1975.

Finalement assez proche de cette position, *l'Humanité Rouge* dénonce, dans son langage imagé, la cosurveillance qui « donnerait aux révisionnistes un moyen pour asseoir leur domination bourgeoise sur les masses pour mieux les encadrer et les empêcher de lutter » (72).

Ainsi, alors que le patronat craint un blocage des institutions de l'entreprise, les syndicats ouvriers rejettent la collaboration de classe que le gouvernement veut leur octroyer. Même Force Ouvrière, dont les positions sont réformistes, marque son hostilité, pour la raison, à première vue surprenante, qu'un tel système « risque de conduire à la cogestion » (73).

Si le débat s'arrêtait là, on pourrait parler de la cosurveillance au passé. Or, c'est peut-être le futur qui convient.

193. — En effet, tous les syndicats ne sont pas aussi hostiles à la cosurveillance. La C.F.T.C. approuve franchement : « il est fondamental que soit reconnu aux salariés le droit de participer à l'élaboration de la politique de l'entreprise » (74), de même que la C.S.L. et, dans une certaine mesure, la C.G.C.

Côté patronal, les Patrons Chrétiens rejoignent l'opinion de la C.F.T.C. Les jeunes Dirigeants, qui ont fait des propositions beaucoup plus avancées, ne semblent pas devoir refuser ce qui n'est qu'un pas dans la bonne direction.

Enfin, les partis qui soutiennent M. Giscard d'Estaing ont, dans l'ensemble, paru approuver le rapport Sudreau et spécialement la cosurveillance.

Quels que soient les choix politiques sous-jacents, on peut soutenir l'idée selon laquelle la cosurveillance représente une politique défendable (75).

A ceux qui craignent le blocage ou la collaboration de classes, on peut répondre que l'entreprise est un lieu où ces tensions et ce choix s'expriment nécessairement. La cosurveillance permet l'apprentissage de la participation à laquelle on n'arrivera pas si l'on ne tente rien. Peut-être n'est-ce pas le remède qui convient dans tous les cas. Du moins semble-t-il profitable d'en faire l'expérience.

D'ailleurs, dans le rapport Sudreau, et suivant les indications du Président de la République, son champ d'application est limité aux grandes entreprises qui emploient plus de 2 000 salariés. La grande quantité de petites sociétés aanonymes françaises n'est donc en principe pas touchée, et les attaques qui viennent de là ne doivent pas être prises en considération.

En outre, personne n'a jamais soutenu que la cosurveillance excluait d'autres types de participation. Elle n'est au contraire qu'un élément dans un ensemble de mesures qui visent à reconsidérer la place de chacun dans les entreprises. Elle ne remplace pas les accords d'entreprises, la décentralisation par l'informatique, l'organisation éclatée, etc. Simplement, elle les complète et leur permet même de mieux fonctionner.

194. — En effet, positivement, la cosurveillance présente des avantages spécifiques qui apparaissent nettement dans le cadre de la société anonyme à directoire.

(72) *Le Monde*, 26 février 1975.
(73) M. Roger LERDA, *Le Monde*, 15 avril 1976, p. 32.
(74) *Le Monde*, 15 avril 1976. Aj. Les déclarations de M. J. TESSIER, La réforme de l'entreprise, cahier préc., n. 65, p. 21.
(75) V. Y. GUYON, *La réforme de l'entreprise*, préc. : « L'idée que la participation est possible dès maintenant sans bouleversement des structures économiques et sociales me semble réaliser un grand progrès » (p. 62).

D'abord, elle assure une nouvelle légitimité à la direction de l'entreprise. Le mythe de la société anonyme bâtie sur le modèle démocratique a vécu depuis longtemps (76). Mais la démocratie économique nouvelle apparaît plus solide : ce ne sont plus seulement des capitaux mais des hommes qui sont représentés au conseil de surveillance. Et le directoire doit son existence aussi bien aux travailleurs qu'aux financeurs (77).

On objectera que dans la formule annoncée, les salariés sont minoritaires. Mais il sera difficile de choisir le directoire contre leur avis. Et, d'ailleurs, on peut élever les conditions de décision pour la nomination du directoire.

Ensuite, la cosurveillance permet aux intéressés de mieux se rendre compte du fonctionnement de l'ensemble société-entreprise. Il n'est pas indifférent que les apporteurs de capitaux aient des contacts avec les salariés. Et ceux-ci bénéficieront d'une information d'autant meilleure qu'ils auront contribué à la décider. Ils disposeront des pouvoirs d'investigation du conseil de surveillance, et ne seront plus limités par la compétence strictement définie des institutions représentatives du personnel. Il est en effet évident (peut-être trop...) que le conseil de surveillance est l'organe le mieux placé pour assumer le contrôle de la gestion : toute la structure sociale repose sur cette attribution.

C'est sur ce thème que table le rapport Sudreau, pour qui la « cosurveillance » doit « viser à satisfaire davantage le besoin d'information et de contrôle des salariés qu'expriment les organisations syndicales » et « répondre au souhait manifeste des cadres d'être associés au choix des orientations stratégiques de l'entreprise » (78).

Cette allusion aux cadres pourrait annoncer une stratégie de division par la participation. Elle peut aussi constituer la première étape d'une expérience dont le bénéfice sera étendu aux autres catégories de salariés. On parle actuellement (79) de donner aux cadres plus de représentants dans les conseils d'administration ou de surveillance, et ces représentants auraient voix délibérative. Les cadres sont sans doute les mieux armés pour enclencher le processus. De plus, il s'en trouve dans tous les syndicats ouvriers.

Ensuite, l'accent mis sur l'information et le contrôle écarte l'une des objections fréquemment formulée, notamment en Allemagne (80) : la cosurveillance ne porte pas une aussi forte atteinte au droit de propriété que la codécision, ou cogestion. La maîtrise des affaires sociales reste au directoire. Il faut quand même noter que sa nouvelle légitimité devrait raffermir ses pouvoirs, accroître son autonomie et en faire l'arbitre nécessairement plus indépendant des conflits entre le capital et le travail. On s'éloigne donc encore plus nettement du mandataire du droit classique des sociétés anonymes.

Mais, en définitive, la cosurveillance peut servir à améliorer la structure sociale en affinant la distinction des fonctions. L'intervention du conseil dans la

(76) V. RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne.*

(77) Sur cette aspiration à la légitimité des dirigeants, J.-L. SERVAN-SCHREIBER (*L'entreprise à visage humain*) rejoint René Capitant (*Ecrits politiques*).

(78) P. 98.

(79) V. la loi n° 78-5 du 2 janv. 1978 et Rép. Min. Trav. à M. Boileau, *J.O.* Déb. Sénat, 29 avril 1978, p. 669. La place particulière faite aux cadres dans les institutions du droit du travail fait craindre une stratégie de division, v. B. ALLIBERT, La réforme du conseil des prud'hommes : des avant-projets et un projet rétro, *J.C.P.* 1978, éd. C.I., 12770, n° 11. L'exemple allemand n'incite pourtant pas à une totale défiance, même si la loi de 1976 réserve aux leitenden Angestellten (cadres supérieurs) un siège à l'Aufsichtsrat, ce qui est une bonne façon de modérer la parité nouvelle (J. MAURO, art. préc. n. 61). Rappr. G. LYON-CAEN, Quand cesse-t-on d'être salarié ? (le salarié-employeur) *D.* 1977, Chron. 111.

(80) V. M.-J. COFFY, Le recrutement des dirigeants de sociétés anonymes en droit français et en droit allemand, th. Strasbourg, 1973.

gestion du directoire sera d'autant moins souhaitable qu'il y aura des représentants salariés au conseil. Loin de gauchir la société à directoire, la cosurveillance lui garantira une certaine rigueur. Certains parleront peut-être de rigidité...

Le droit comparé (81) fournit à la cosurveillance un argument supplémentaire, et il est d'importance. L'Allemagne, mais aussi l'Autriche, le Danemark et le Luxembourg ont des systèmes qui proviennent de la même inspiration et sont plus audacieux que le projet français. Les méthodes choisies en Belgique et en Italie reposent essentiellement sur les comités d'entreprise. La cogestion hollandaise semble plus éloignée mais elle repose finalement sur les mêmes principes de fond et évite peut-être mieux les affrontements et les blocages.

Enfin, une cosurveillance seulement facultative serait déjà une solution heureuse. L'expérience en a été faite en droit français par la société Leroy-Somer, dont les statuts donnent voix délibérative aux délégués du comité d'entreprise. Cette solution n'est peut-être pas parfaitement conforme à l'article L. 142 (quoique, désormais, il soit possible de bénéficier de l'exception prévue par la loi du 27 décembre 1973), mais elle s'est révélée praticable. Certes, la forte expansion qu'a connue la société ainsi que l'unanimité des actionnaires derrière les deux membres du directoire (dont le président, M. Chavannes, siégea dans dans la commission Sudreau) ont favorisé de façon un peu exceptionnelle cette formule. Et le volontarisme de la direction n'a peut-être pas toujours trouvé les échos qu'il méritait auprès des syndicats (la C.G.T. ayant tout fait pour laisser le siège de cosurveillant ouvrier au délégué C.F.D.T...). Mais des aspects positifs doivent indubitablement être relevés : une certaine légitimité du directoire par rapport au personnel, un climat d'ensemble sans doute positif, une meilleure conscience des problèmes économiques de l'entreprise chez le délégué (mais peut-être pas chez les autres salariés...).

On voit que de nombreuses variables entrent en jeu, mais il n'est pas impossible qu'une reconnaissance générale de la cosurveillance facilite l'évolution des esprits. Seulement, même si l'on est d'accord sur le principe, il est difficile de faire entrer la cosurveillance dans le droit existant en respectant les intérêts des parties en cause.

II. — La mise en œuvre de la cosurveillance.

195. — La cosurveillance consiste à réunir dans une instance commune, dotée de pouvoirs de contrôle, des représentants du capital et des représentants du travail. C'est du moins sa tournure actuelle, et nul doute qu'il n'y en ait d'autres qui soient imaginables.

Pratiquement, la cosurveillance s'adapte très facilement à la société anonyme à directoire, puisqu'il y existe une instance spécialisée dans le contrôle : il suffit donc de donner aux représentants des salariés la qualité de membres du conseil de surveillance.

Il est nécessaire, pour cela, de respecter une différence : les représentants salariés siègent au conseil en tant que tels, et non comme l'émanation d'un capitalisme populaire.

(81) V. F. Blanquet, Considérations relatives à la place du salarié dans les organes de la société anonyme, *J.C.P.* 1973, I, 2560. V. les études comparatives de la R.I.D.C., 1976, p. 681 et s., celle publiée dans le *Cahier du droit de l'entreprise* consacrée à la réforme de l'entreprise, préc., et l'aperçu présenté dans le rapport Sudreau, p. 221 (spé. p. 223), Aj. G. Lyon-Caen, La représentation des intérêts des travailleurs dans les sociétés anonymes, *Rev. Trim. Dr. Europ.* 1971, 473.

Cependant, il faut aussi assurer l'identité de ces membres avec les autres membres du conseil, faire en sorte qu'ils soient des membres du conseil de surveillance à part entière.

A. — La différence : représentants des salariés.

Cette différence se définit en qualité et en quantité.

1. — *La qualité de représentant des salariés.*

196. — Si l'on appliquait les règles traditionnelles du mandat, il suffirait, pour avoir la qualité de représentant des salariés, d'être choisis par eux.

Mais nous sommes ici dans un contexte institutionnel, et l'on exigera pour le moins de ces représentants qu'ils appartiennent à un milieu précis. Et c'est à ce point que l'on rencontre l'élément qui fait la difficulté, à la fois politique et technique, du problème : le fait syndical.

Le sens de la cosurveillance va dépendre très étroitement de la part que le droit va reconnaître aux syndicats dans le choix des représentants salariés.

Il serait étonnant, dans l'état présent des relations sociales, que soit admise la représentation par des syndicalistes n'appartenant pas à l'entreprise.

Le tout est dès lors de définir l'entreprise : entreprise *stricto sensu* ou groupe ? On imagine très bien, lorsque cette analyse est applicable, que des salariés d'un groupe fassent partie du conseil de surveillance de la société dominante. C'est d'ailleurs la solution retenue par le droit allemand, mais il procède par ailleurs à une définition juridique des groupes.

Outre cette appartenance à l'entreprise ou au groupe, il est d'autres conditions d'acquisition de la qualité de représentants des salariés. Conditions d'éligibilité, qui comprennent d'abord les conditions pour être électeurs, et qui dépendent du mode de désignation choisi. Or ce mode est lui aussi fonction du rôle reconnu aux syndicats dans l'entreprise, comme l'établit le rapport Sudreau, qui énonce quatre possibilités (82).

197. — La première consiste à donner voix délibérative aux représentants actuels du personnel en respectant la proportion d'un tiers. L'inconvénient vient de la confusion des qualités de membre du conseil de surveillance et de membre du comité d'entreprise. Le comité d'entreprise jouit déjà d'un certain nombre d'attributions de contrôle économique. Ses membres ne sont nommés que pour deux ans. Les organisations syndicales représentatives ont le monopole de présentation des candidats au premier tour; si le nombre des votants est inférieur à la moitié des électeurs inscrits, un second tour est organisé avec liberté des candidatures (83).

Le mode de désignation actuel des membres du comité d'entreprise constitue d'ailleurs le modèle de la troisième solution énoncée par le rapport Sudreau, alors que la quatrième prévoit la liberté de candidature dès le premier tour : mais, dans ces deux cas, il s'agit d'une élection particulière où tous les salariés électeurs votent directement.

En face de ces possibilités, la deuxième solution présentée par le rapport Sudreau consiste à laisser les syndicats désigner directement les représentants au conseil de surveillance.

(82) P. 101.
(83) V. P.-D. Ollier, *Le droit du travail*, p. 466.

Cette hypothèse, et la liberté des candidatures au premier tour, semblent inacceptables pour l'un ou l'autre des « partenaires sociaux ». Seul, un compromis entre les exigences syndicales et les espérances patronales peut être viable. Encore que le patronat n'ait pas tout à perdre en face d'un syndicalisme ouvrier puissant, qui peut être un facteur de stabilité sociale (84).

Cela dit, le rapport Sudreau n'envisage même pas une solution à la hollandaise, qui ferait des représentants des salariés des membres cooptés par le conseil dans son ensemble. Si l'accord du capital et du travail commençait dès la désignation, peut-être serait-il plus profond...

Mais la cooptation n'est jusqu'ici qu'une pratique exceptionnelle dans le droit de la société anonyme. Et il semble délicat de réunir les actionnaires et les salariés pour élire tous les membres du conseil de surveillance.

D'après M. Durafour, les intéressés, c'est-à-dire les sociétés anonymes employant plus de 2 000 salariés, pourraient avoir le choix entre les quatre solutions proposées. Les syndicalistes ont beaucoup critiqué cette initiative laissée aux capitalistes : ils pensent, en général, que la voie impérative leur serait plus favorable.

On peut souscrire à cette opinion dans la mesure où elle permettrait l'uniformisation du régime de la cosurveillance, et qu'elle tarirait ainsi bien des sources de conflit.

De plus, elle permettrait d'assurer aux salariés cosurveillants une stabilité juridique comparable : si l'on admet le parallélisme des formes, la révocation des représentants des salariés serait plus ou moins facile suivant le procédé de désignation choisi (85).

Il faut observer, toutefois, que pour éviter les blocages, on sera peut-être conduit à adopter un système de révocation judiciaire en plus du système normal. Mais, dans ce cas, la révocation judiciaire devrait pouvoir être appliquée aux représentants du capital. A moins que l'on excipe, pour justifier du régime particulier des membres salariés, du fait qu'ils jouissent par ailleurs, en tant que délégués salariés, d'une protection spécifique contre le licenciement.

Même si l'on admet la révocation judiciaire, il ne saurait être question d'une nomination judiciaire, au cas où les salariés ne désigneraient aucun représentant : où serait la coopération s'il manque la volonté minimale de l'assurer ?

Enfin, si l'on raisonne par analogie avec les autres représentants salariés dans l'entreprise, la cosurveillance peut introduire une nouvelle saveur dans la collégialité du conseil de surveillance : la participation active des membres salariés pourrait y être défendue par l'arme que constitue le délit d'entrave.

On voit que la cosurveillance apporte une tonalité différente au conseil, à cause du particularisme de la représentation salariale. Mais la portée de ce changement est limitée par les données quantitatives.

2. — *La quantité des représentants des salariés.*

198. — A la différence des sociétés allemandes depuis 1976, il ne s'agit pas de promouvoir une cosurveillance paritaire. Peut-être n'est-ce qu'une étape,

(84) Cette analyse, faite par d'éminents spécialistes du droit du travail, a motivé puissamment la création de la section syndicale après les événements de mai-juin 1968. V. H. SINAY, L'exercice du droit syndical dans les entreprises, historique et perspectives, *D.* 1969, Chron. 17.

(85) Les salariés membres de l'Aufsichtsrat peuvent être révoqués « à la demande du conseil d'entreprise ou d'un cinquième des travailleurs de l'entreprise ». G. TESSARI et P. KRSJAK, La cogestion en Allemagne, *Rev. Trim. Dr. Com.* 1966, 999, spé. 1006.

mais la proposition porte sur une participation minoritaire des salariés. Le rapport retient la proportion d'un tiers (86).

Or, dans sa mise en œuvre, cette proportion entraîne quelques difficultés. En effet, le nombre des membres du conseil est jusqu'alors de trois à douze. Va-t-on inclure ou ajouter le tiers représenté par les cosurveillants salariés ? Va-t-on admettre que le nombre de ces représentants peut être modulé par les statuts, rédigés par les seuls actionnaires ?

A la vérité, deux solutions restent possibles : soit l'on fixe un minimum de représentants des salariés (quatre, par exemple), en laissant libres les actionnaires de déterminer le nombre de leurs représentants dans les limites anciennes; soit l'on adopte, comme en Allemagne, une composition entièrement autoritaire du conseil de surveillance, avec ou sans modulation en fonction du capital ou des fusions.

La première solution est plus souple, et permet à ceux qui le désirent de faire une expérience de cosurveillance paritaire.

La seconde ne permet pas ce « danger » et règle préventivement les problèmes de fraction, en respectant quoi qu'il arrive la proportion d'un tiers.

B. — L'identité : des membres du conseil de surveillance a part entière.

199. — Pour instaurer une véritable cosurveillance, il faut tendre à assurer, autant que faire se peut, l'identité de statut et de fonctions entre les représentants des salariés et les représentants du capital.

1. — *Un statut semblable.*

200. — Toutes les conditions exigées des membres du conseil de surveillance classique pourraient être exigées des membres salariés, à l'exception de deux d'entre elles.

La première tient à la personnalité du représentant des salariés (87). Il ne serait pas logique d'admettre comme tel une personne morale. Au contraire, l'importance du caractère humain, relationnel, de la fonction, oblige à concerner des personnes physiques.

La seconde correspond naturellement à la rémunération perçue par les représentants. S'il est normal qu'en tant que membres du conseil, ils reçoivent des jetons de présence, ils doivent aussi, c'est évident, conserver la possibilité de toucher leur salaire (88).

Autrement, il semble légitime de reporter aux salariés du conseil des règles comme celles qui édictent les incompatibilités (notamment avec un poste au directoire), les cumuls de postes, le contrôle des conventions, etc.

Mais il est évident que si la durée des fonctions peut en principe être la même (et l'on peut souhaiter des élections simultanées), les modes de révocation diffèrent, car ils dépendent, nous l'avons dit, de deux systèmes différents de désignation.

(86) C'est la solution qui demeure valable en Allemagne pour les sociétés soumises à la loi du 11 octobre 1952 (Betriebverfassungsgesetz) dont sont exclues les sociétés familiales employant moins de 500 salariés (Aktg 76-6). Le projet de statut de société anonyme européenne retient les mêmes limites numériques (un tiers des sièges et 500 salariés — proposition de cinquième directive présentée le 9 oct. 1972).

(87) V. art. L. 135.

(88) V. art. L. 142.

Enfin, et cela devrait faire taire un reproche fréquent, les cosurveillants salariés devraient avoir la même responsabilité que leurs collègues actionnaires (fautes de surveillance et dirigeants de fait, éventuellement).

2. — *Des fonctions semblables.*

201. — Les fonctions actuelles du conseil de surveillance s'inscrivent directement, pour la plupart, dans la philosophie de la cosurveillance.

C'est bien sûr le cas des fonctions de contrôle proprement dit. Donner à un salarié un pouvoir d'investigation sur la gestion des affaires sociales n'est pas plus dangereux que de le donner à un actionnaire. D'autant que c'est le conseil qui décide collégialement des missions d'information et de surveillance qu'exercent ses membres.

On ne doit même pas écarter la possibilité, pour les membres salariés, de participer à l'élaboration des observations que le conseil doit présenter à l'assemblée générale : d'une part, les salariés de la société anonyme bénéficient déjà d'une information analogue à celle des actionnaires; d'autre part, l'assemblée générale a vocation à connaître de tous les aspects de la gestion du directoire.

De plus, les rares fonctions de gestion qu'assume le conseil de surveillance ne sont pas par nature exclues de la compétence des membres salariés du conseil.

Il en va peut-être différemment des fonctions d'intervention du conseil de surveillance sur le directoire.

D'un côté, l'un des intérêts principaux de la cosurveillance est de faire élire, au moins pour partie, la direction de l'entreprise par des représentants salariés. Mais, d'un autre côté, il est plus difficile d'admettre que les salariés puissent peser sur le directoire, dont ils dépendent directement, en lui dictant ses décisions. Or, c'est à un tel excès que peut conduire une répartition des pouvoirs conçue au maximum en faveur du conseil de surveillance (catalogue important, contrôle étendu de la composition numérique et de la collégialité).

Devant ce danger, deux attitudes sont possibles.

Soit on décide de maintenir les prérogatives du conseil et l'on exclut les salariés de ces compétences particulières.

Soit on adopte une conception plus sévère de la séparation des fonctions, tout en reconnaissant que tous les membres du conseil ont les mêmes pouvoirs.

Il nous semble dangereux juridiquement de s'engager sur la voie des distinctions de compétence à l'intérieur du conseil, ce que fait le rapport Sudreau. Il y a là une source de difficultés interminables dont la société sera la première victime.

Au surplus, si l'on désire éviter l'identité des fonctions, pourquoi ne pas choisir de renforcer la compétence du comité d'entreprise ? A partir du moment où l'on fait du conseil de surveillance une instance de coopération, il serait illogique et dérisoire de le scinder en deux collèges différents. On peut tout au plus accepter une spécialisation interne pour des questions concernant exclusivement les actionnaires, comme par exemple, l'agrément d'un cessionnaire d'actions. Mais, en toute logique, puisque les actionnaires régissent le facteur travail, pourquoi les salariés n'auraient-ils pas un droit de regard sur le facteur capital ?

C'est seulement à ce prix que la cosurveillance apporterait quelque chose de nouveau, ce qui est nécessaire si l'on veut conserver par ailleurs les institutions représentatives du personnel. Jusqu'alors, chacune a une fonction bien précise :

syndicale, revendicative, sociale et économique. La cosurveillance n'empiète guère que sur les fonctions économiques du comité d'entreprise. Elle n'est pas une instance syndicale et doit s'orienter vers la coopération. Elle ne comprend la politique sociale que comme l'un des aspects particuliers de la gestion de l'entreprise; de plus, elle connaît de la politique économique sous un tour plus actif que le comité d'entreprise; la finalité n'est pas la même, les moyens employés non plus.

Aussi tant le droit social que le droit des sociétés poussent à investir les cosurveillants salariés des mêmes fonctions que les cosurveillants actionnaires. On peut même soutenir que la cosurveillance apporte une rigueur plus grande dans la détermination des fonctions des organes sociaux et des institutions représentatives du personnel, en obligeant à définir précisément les finalités de chacun.

202. — Mais il faut aller plus loin : la cosurveillance doit entraîner une certaine extension des pouvoirs du conseil de surveillance.

En effet, si le conseil nomme le directoire, il ne peut jusqu'ici le révoquer à lui seul. C'est l'assemblée des actionnaires qui prend la décision définitive.

Une telle solution n'est plus acceptable en présence d'un conseil de surveillance réunissant le capital et le travail, dans la mesure où l'assemblée des actionnaires ne représente que l'un de ces éléments, fût-il majoritaire de droit au conseil.

La proposition du rapport Sudreau visant à donner au conseil de surveillance seul le pouvoir de révoquer le directoire répond à cette logique. Mais on ne peut suivre le rapport qui offre au directoire la possibilité d'un recours devant l'assemblée des actionnaires. Il y a d'autres moyens d'assurer la stabilité de l'équipe de gestion, en particulier l'exigence d'un juste motif de révocation. On retrouve la logique de l'Aktiengesellschaft, ce qui ne saurait étonner puisque l'on part des mêmes bases.

Cet aspect met crûment en lumière l'importance de la cosurveillance, qui déplace le centre de gravité de la société vers le conseil de surveillance, et qui cantonne l'assemblée générale, ex-organe souverain, dans une fonction de contrôle au second degré. L'expérience, remarquable mais relativement isolée, de la société anonyme Leroy-Somer, n'a d'ailleurs pu réussir qu'avec l'accord complet des actionnaires, qui ont, en outre, renoncé à prendre des bénéfices pendant de nombreuses années.

On ne peut dès lors s'étonner de la lenteur avec laquelle procède le gouvernement pour installer la cosurveillance, et des précautions qu'on ne manquera pas de prendre vis-à-vis des apporteurs de capitaux. La seule évocation de mesures transitoires dans le rapport Sudreau est particulièrement significative à cet égard (89).

L'essentiel pour la doctrine est actuellement de considérer que la cosurveillance est techniquement possible, et qu'elle apparaît même comme une virtualité logique de la société anonyme à directoire. C'est dire qu'elle aboutit peut-être moins à transformer cette structure qu'à en révéler la véritable nature : elle permet de mieux caractériser les facteurs essentiels de la structuration de la société anonyme, et elle contribue ainsi à déplacer le débat doctrinal.

(89) P. 102.

CHAPITRE DEUXIEME

LE DEPLACEMENT DU DEBAT DOCTRINAL

203. — Simple partie d'un tout, il n'est pas évident que les nouveaux organes changent la nature de la société aonyme. On peut estimer cependant que leur apparition n'est pas indifférente, et qu'elle va infléchir certains des termes principaux du débat classique sur la nature de la société anonyme.

Ce débat porte depuis plus d'un demi-siècle sur le point de savoir si la société anonyme est un contrat ou une institution. Malgré son âge, il n'a pas perdu tout intérêt dans la mesure où il veut cerner la finalité de l'activité sociale. Mais il ne suffit plus à englober la totalité des problèmes d'interprétation soulevés par la société anonyme. La doctrine récente choisit parfois un domaine plus vaste, qui est celui des rapports entre la société et l'entreprise, pour donner des réponses plus actuelles.

La société anonyme à directoire représente dores et déjà dans ce nouveau débat un élément important de réponse. Mais son échec relatif invite à faire une lecture critique des problématiques établies.

Section 1 : Contrat ou institution;

Section 2 : Société anonyme à directoire et entreprise;

Section 3 : Critique globale.

Section 1. — Contrat ou institution.

204. — La recherche de la nature juridique de la société anonyme est rendue difficile par l'évolution même des références possibles. Ce serait une erreur profonde que de considérer les notions de contrat et d'institution comme des données acquises, stables et sûres. Si l'on a souvent fait le reproche de l'imprécision à l'institution, il est devenu tout aussi légitime de le faire au contrat. C'est pourquoi il nous faut retracer brièvement l'histoire récente de ces deux notions avant de prendre parti pour l'une d'elles.

§ 1. — Des notions évolutives.

205. — Le Code Civil, par son article 1110, centre le contrat sur l'accord de volontés, créateur d'obligations. On y a vu le triomphe de l'autonomie de la volonté et l'expression de la liberté contractuelle. Les individus sont libres de définir par eux-mêmes le contenu des obligations qu'ils souscrivent. Dès lors, toute fixation impérative des effets du contrat apparaît comme une limite à la liberté contractuelle.

Or certains types de contrats engendrent par eux-mêmes des effets limitatifs de la volonté des parties auxquelles ces dernières n'avaient pas consenti au départ. C'est le cas des sociétés en général, avec l'apparition de l'être moral, et des sociétés anonymes en particulier (1) : la vie sociale, née avec le contrat, semble lui échapper par la suite, pour vivre avec ses dynamismes propres, pour produire par elle-même de nouvelles règles et de nouvelles situations.

Et le législateur appréhende ces situations. Progressivement, il multiplie les règles impératives, au point que l'on pourra se demander si le principe contractuel n'est pas devenu l'exception. L'autonomie de la vie sociale et l'extension de la réglementation semblent remettre totalement en cause l'explication classique, il devient nécessaire de proposer un autre type de référence, une notion globale d'élaboration et d'interprétation (2).

206. — C'est dans ces conditions que va s'effectuer la percée de l'institution. Pressentie par Thaller (3) dès la fin du siècle dernier, à propos de décisions de l'assemblée générale, la théorie a été appliquée avec enthousiasme après les travaux d'Hauriou (4). On découvre que la société anonyme réunit parfaitement les trois éléments de l'institution (5) : l'idée d'œuvre à réaliser dans un groupe social, le pouvoir organisé mis au service de cette idée pour sa réalisation et les manifestations de communion qui se produisent dans le groupe social au sujet de l'idée et de sa réalisation. On en tire entre autres la justification de la règle majoritaire dans les assemblées (6), et la défense de l'autonomie de la société face au danger de mainmise (7); on s'appuie sur elle pour proposer de nouvelles solutions en droit positif, notamment « la révocabilité pour juste cause », fonction du « mandat institutionnel qui a pour but l'intérêt commun » (8).

207. — Malgré ses attraits, la théorie de l'institution ne va pas rencontrer la faveur de la doctrine commercialiste majoritaire. On trouve vagues les critères nouveaux (9), et surtout, on estime qu'ils n'apportent rien de neuf. La plasticité du contrat lui permet d'absorber ce que l'institution semble apporter de spécifique : pas d'idée commune sans accord de volontés, pas d'organisation sans effet obligatoire de cet accord.

(1) V. RIPERT et ROBLOT, t. I, n° 676, p. 423; n° 1027, p. 623.

(2) Rôle que doit jouer l'institution pour M. BRÈTHE DE LA GRESSAYE, *Encycl. Dalloz Dr. Civ.*, v° *Institution*, n° 24.

(3) Note sous Cass. Civ. 30 mai 1892, *D.* 1893, 1105.

(4) L'institution et le droit statutaire, *Rec. Acad. Législ. Toulouse*, 1906, Principes de droit public, Paris, 1910, p. 123 et s.; La théorie de l'institution et de la fondation, *Cahiers de la nouvelle journée*, la cité moderne et les transformations de droit, 1925, p. 1 et s. V. aussi RENARD, La théorie de l'institution, essai d'ontologie juridique, th. Paris, 1930; DELOS, La théorie de l'institution, *A.P.D.*, 1931, cahiers 1 et 2; MICHOUD, *Théorie de la personnalité morale*, 3e éd., par TROTABAS, Paris, 1932; DESQUEYRAT, L'institution, Le droit objectif et la technique positive, th. Paris, 1934; DEMOGUE, *Traité des obligations*, t. I, n° 92 *bis*; PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique de droit civil*, t. VI, n° 59; RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, n°s 39 et s.; ROUBIER, *Théorie générale du droit*, p. 14; J. BRÈTHE DE LA GRESSAYE, *Encyl. Dalloz*, v° *Institution*. Cet auteur donne la définition la plus ramassée : « une idée directrice à réaliser en commun et l'organisation mise à son service ». M. HÉQUARD-THÉRON, Essai sur la notion de réglementation, Bib. Dr. Pub., t. 126.

(5) E. GAILLARD, La société anonyme de demain : La théorie institutionnelle et le fonctionnement de la société anonyme, th. Paris, 1932; F. de SOLA CANIZARES, Le caractère institutionnel de la société de capitaux. Rapport au 3e congrès de dr. comparé, Londres, 1950, *Rev. Soc.* 1950, 351; J. ZUMSTEIN, Du caractère institutionnel de la société anonyme, th. Lausanne, 1954.

(6) J. BRÈTHE DE LA GRESSAYE, *op. cit.*, n° 73.

(7) E. GAILLARD, th. préc., p. 134.

(8) *Ibid.*, p. 162.

(9) R. RODIÈRE, *Groupements commerciaux*, 7e éd., p. 295, n° 294; HAMEL et LAGARDE, t. I, n°s 383 et s.; RIPERT et ROBLOT, t. I, n° 677, p. 424; M. DESPAX, *L'entreprise et le droit*, p. 367, n° 339.

L'explication contractuelle semble toujours fondée : les actionnaires acceptent contractuellement le jeu de la majorité (10), ils sont toujours les mandants des administrateurs, même si les pouvoirs de ces derniers sont définis par la loi. On rejette l'idée qu'une société puisse avoir une fin morale : son but est avant tout de faire des bénéfices (11).

On découvre que l'institution n'a d'intérêt que parce qu'elle exploite les lacunes du contrat. Sa valeur semble essentiellement négative. On se demande même si ce n'est pas la société anonyme qui explique l'institution plutôt que l'inverse.

208. — Il semble indispensable, dans ces conditions, de retrouver une notion véritablement directrice, et, pour ce faire, on affine la notion de contrat. On en vient à considérer que « tout ce qui est réglementé n'est pas nécessairement institutionnel » (12). Adapter un contrat en fixant certains de ses effets n'équivaut pas nécessairement à changer la nature de ce contrat.

On remarque que le législateur, quoique pressé par une partie de la doctrine, n'a pas voulu trancher le débat en faveur de l'institution (13), ce qui laisse la place aux principes traditionnels.

D'ailleurs, les intérêts invoqués pour fonder l'institution ne sont pas, tout compte fait, étrangers au droit moderne des contrats. On assiste ainsi à un renversement de la conception de l'ordre public (14). Autrefois négateur de la liberté contractuelle, il lui permet désormais de s'exprimer, en balayant les contraintes sub-juridiques. Le principe de l'autonomie de la volonté se trouve contesté en profondeur (15), la volonté n'est plus le centre de gravité du contrat. Selon M. Hauser, la doctrine moderne peut percevoir la « double confusion » dont la théorie française souffrait jusqu'alors : « on a commencé par confondre autonomie de la volonté et liberté contractuelle, il est vrai que la première était la meilleure théorie pour défendre la seconde — qui est plus libre que celui qui détient son pouvoir de lui-même ? — Mais ce n'était pas la seule. A cette confusion s'est ajoutée une autre, très proche, qui a conduit les juristes à assimiler individualisme et liberté contractuelle, il est vrai encore que l'individualisme assurait au mieux la liberté contractuelle — qui est plus libre que celui qui n'a besoin de personne pour agir ? — mais le lien n'est pas nécessaire, et en y réfléchissant bien, on s'est aperçu qu'il avait parfois un effet contraire » (16).

(10) Cette analyse de L. Mazeaud a fait l'objet d'une intéressante tentative de dépassement par S. Vaisse (La loi de la majorité dans les sociétés anonymes, th. Paris, 1967, dactyl.).

(11) V. D. Schmidt, *Les droits de la minorité dans la société anonyme*, B.D.C., n° 21, p. 53, n° 78.

(12) L. Mazeaud, cité par S. Vaisse, th. citée, p. 99.

(13) F. Terré, Sur la sociologie juridique du contrat, *A.P.D.* 1968, t. XIII, p. 71, spé. p. 81.

(14) J. Hauser, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, B.D.P., t. CXVII, 1971, p. 137, n° 89. Comp. G. Farjat, *L'ordre public économique*, *B.D.P.*, t. XXXVII, 1963, n° 22, p. 32 : « En définitive, la notion d'ordre public que nous retenons ne s'attache qu'à son résultat en refusant de considérer la nature des règles qui la caractérisent. L'ordre public n'apparaît que comme l'antithèse de la liberté contractuelle. » Comp. M. Vasseur, Un nouvel essor du concept contractuel, les aspects juridiques de l'économique concertée et contractuelle, *Rev. Trim. Dr. Civ.* 1964, p. 5.

(15) Mouvement amorcé en 1912 par Gounot, Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, th. Dijon. V. A. Rieg, *Le rôle de volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, B.D.P., t. XIX; Marty et Raynaud, t. II, n° 38, p. 33; A. Weill et F. Terré, Les obligations, *Précis Dalloz*, 2e éd., 1976, p. 58, n° 59; J. Flour et J.-L. Aubert, *Les obligations*, vol. I : *L'acte juridique*, Armand Colin, 1975, p. 77 et s., nos 103 et s.

(16) J. Hauser, th. préc., p. 138, n° 89.

En présence d'une critique aussi profonde, on comprend que la liberté contractuelle « n'est pas une liberté de choix entre des effets juridiques voulus. Elle ne peut l'être, sinon elle n'a jamais existé. Elle est, elle doit être la liberté de créer une situation entièrement nouvelle et c'est tout » (17).

209. — On peut songer à faire entrer la société anonyme dans ces nouvelles conceptions. Ne serait-elle pas un contrat garantissant la liberté collective des actionnaires, qui justifierait certaines limitations de leur liberté individuelle ?

On demeure réticent à l'admettre, pour toute une série de raisons.

D'abord, l'ordre public, qui régit nombre de dispositions concernant la constitution, le fonctionnement et la dissolution des sociétés anonymes, conserve un aspect limitatif (18); de plus, sa finalité n'est pas nécessairement la protection des intérêts des actionnaires (19).

Ensuite, les tendances modernes de la théorie contractuelle nous semblent exagérément extensives. A quoi servira ce contrat si l'on peut tout mettre dedans ? Ne prendre en compte que les intérêts objectifs des parties, tel est l'aboutissement extrême de la critique moderne (20). On a montré la supériorité d'une conception mixte, où la volonté tient une place essentielle et irremplaçable. Elle se combine de façon dialectique avec les éléments objectifs pour faire vivre l'acte juridique (21).

Mais, justement, on remarquera que les conceptions les plus extensives proposées pour le contrat prennent place de façon plus pertinente dans une catégorie plus vaste, qui est celle de l'acte juridique (22).

210. — La récupération de l'institution par le contrat trouve peut être là sa limite. Dilatée à l'excès, la notion de contrat n'a plus d'utilité spécifique comme catégorie d'acte juridique. Ramenée à une plus juste dimension, elle se distingue d'autres actes juridiques, comme l'acte juridique collectif.

Pour M. Roujou de Boubée, l'acte juridique collectif est, comme le contrat, un accord de volontés. Mais alors que le contrat est un « compromis entre des intérêts antagonistes ou tout au moins différents » (23), l'acte collectif procède de volontés dont les aspirations sont semblables. Ces volontés « opèrent un véritable dépassement d'elles-mêmes tout à fait étranger au contrat »; « les intérêts individuels sont sacrifiés à une cause qui leur est bien supérieure » (24).

L'acte juridique collectif a été introduit dans la doctrine française par Hauriou, pour lequel il a tous les traits d'une institution (25). M. Roujou de Boubée, bien que tenté de « rallier purement et simplement » cette conception, essaie toutefois de les distinguer en observant que « lier nécessairement le sort de l'acte juridique collectif à celui de l'institution ne serait pas sans présenter de réels inconvénients, car le rejet de la seconde risquerait de compromettre

(17) J. HAUSER, th. préc., n° 117, p. 311.
(18) J. HAUSER, th. préc., n° 89, p. 137.
(19) Cf. la distinction énoncée par le doyen CARBONNIER, *Droit Civil;* Thémis, t. IV, n° 33, p. 110. V. G. FARJAT, th. préc., n° 3.
(20) V. G. ROUHETTE, Contribution à l'étude critique de la notion de contrat, th. Paris, 1965, dactyl. V. L. CASTRO Deux ouvrages récents sur l'idée de contrat, *A.P.D.* 1968, t. XIII, p. 51; J. HAUSER, th. préc., n° 30, p. 39; n° 34, p. 44.
(21) V. J. HAUSER, th. préc., en particulier la seconde partie.
(22) V. J. HAUSER, n° 34, p. 44.
(23) G. ROUJOU DE BOUBÉE, Essai sur l'acte juridique collectif, B.D.P., t. XXVII, 1961, p. 13.
(24) G. ROUJOU DE BOUBÉE, th. citée, p. 15.
(25) G. ROUJOU DE BOUBÉE, th. citée, p. 199.

sérieusement la reconnaissance du premier » (26). Et il insiste sur les éléments subjectifs de l'acte collectif (concours de volontés identiques et liées entre elles) (27).

211. — Cette analyse peut certes servir à éclairer les résolutions d'assemblées ou les actes de fondation des personnes morales, quoiqu'on ait pu la critiquer sur ces terrains (28). Elle a le désavantage de ne pas considérer la structure objective produite par et à l'occasion de l'acte collectif (29).

On ne peut assurément pas adresser la même critique à ce complément de l'acte collectif qu'est l'acte-règle. Notion dégagée par Duguit dans le cadre de son analyse de l'acte juridique (30), l'acte-règle est caractérisé par son objectivisme, par les effets qu'il produit dans le domaine du droit objectif (31).

Mais cette notion, intéressante en tant qu'elle prend place dans une analyse fouillée — et sévèrement critiquée (32) — de la formation de l'acte juridique, n'est peut-être pas suffisamment précise pour caractériser valablement une société, et particulièrement une société anonyme. La loi n'est-elle pas elle-même un acte-règle ? (33). Si les statuts d'une société ont une valeur égale à la loi sur ce terrain, mieux vaut sans doute chercher plus avant la nature de la société en considérant la structure produit par l'acte juridique créateur.

212. — Il faut donc retenir à la fois le phénomène créateur — dont une analyse mixte, subjective et objective s'impose — et la qualité particulière de l'effet produit pour caractériser la société anonyme.

Telle peut apparaître l'institution aux yeux des commercialistes modernes qui défendent sa validité. Des années de critiques et de discussions ont abouti à une notion large, qu'il importe de ne pas réduire à l'un quelconque de ses éléments.

On explique ainsi l'existence des manifestations de volonté des actionnaires et leur véritable effet. Bien plus que dans le simple acte d'acquérir ou de se défaire d'une action, la volonté de l'actionnaire est prise en considération en ce qu'elle participe au fonctionnement de la société (positivement ou négativement). Elle y produit des effets qui sont, du point de vue collectifs, considérables. L'institution, pourrait-on dire, surrégénère la volonté individuelle de ses participants. Bien loin de s'établir sur un recul de la volonté, elle organise au contraire son dépassement, en l'objectivant (34).

(26) G. Roujou de Boubée, th. citée, p. 209. L'auteur remarque que « l'acte collectif trouve sa meilleure place au sein de la théorie de l'institution, dont il explique de façon parfaite certains mécanismes, en particulier celui de la communion active autour de l'idée ».

(27) G. Roujou de Boubée, th. citée, p. 209 à 212.

(28) V. S. Vaisse, th. préc., n. 10.

(29) Notons cependant que M. Roujou de Boubée avait volontairement cerné son sujet dans des limites étroites en voulant étudier « La manifestation de volonté de la collectivité », « comment elle se forme et quels sont ses effets, au sein de cette collectivité » (th. citée, p. 23). Comp. J.-A. Broderick, La notion d'institution de Maurice Haurou dans ses rapports avec le contrat en droit positif français, *A.P.D.*, t. XIII, 1968, p. 143.

(30) L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 3e éd., 1927, t. I, p. 316 et s.

(31) V. J. Hauser, th. préc., p. 56, n° 44.

(32) J. Brèthe de La Gressaye, L'influence des idées du doyen Duguit sur le droit privé, *Rev. Jur. et Eco. du Sud-Ouest*, série juridique, 1959, p. 205; J. Hauser, th. citée, p. 58, n° 46.

(33) L. Duguit, *op. cit.*, t. II, p. 133, 134. V. J. Brèthe de La Gressaye, Souvenirs d'un civiliste (1912-1965), *Rev. Trim. Dr. Civ.* 1975, 660.

(34) P. Hébraud, Maurice Hauriou et les civilistes, *Rec. Acad. Législ. Toulouse*, t. XCIII, 1967, p. 38; H. Batiffol, La « crise du contrat » et sa portée, *A.P.D.* 1968, t. XIII, p. 13, spé. p. 27.

L'abondance des techniques fixées par le législateur semble bien souvent consacrer les progrès de la théorie institutionnelle, et les privatistes sont nombreux à s'y rallier (35), même si cela ne va pas sans fines nuances (36).

Il est vrai qu'on ne voit pas très bien comment la théorie contractuelle pourrait intégrer des réformes aussi diverses que celles qui ont amené le droit des sociétés à son état actuel, et, *a fortiori*, celles qui pourraient résulter du rapport Sudreau. Le « potentiel d'indétermination » (37) de l'institution devient alors fort utile. Il permet de concilier (mais peut-être n'est-ce là qu'une apparence) le dogmatisme doctrinal et le pragmatisme législatif, de réaliser une synthèse (peut-être trop habile) entre les explications de style germanique, et les données, apparemment plus opportunistes, du droit positif français (38), qui refuse de trancher lui-même entre contrat et institution (38 *bis*).

§ 2. — L'institutionnalisation dans la société anonyme à directoire.

213. — La formule nouvelle ne remet pas en cause les éléments institutionnels progressivement réunis par le type classique. Citons entre autres la personnalité morale, la disparition quasi complète de l'*intuitus personae* et de l'*affectio societatis* (quoiqu'on pourrait estimer que ce dernier n'est qu'une « manifestation de communion » et chercher alors à en gonfler la portée), la règle majoritaire dans les assemblées d'actionnaires y compris pour les modifications du pacte social, etc.

C'est surtout sur deux points que la société à directoire renforce l'analyse institutionnelle.

D'une part, elle augmente la collégialité puisque les deux organes qu'elle crée ont en principe une composition plurale. Elle permet donc à tous les niveaux (assemblées, conseil de surveillance, directoire) que les décisions soient prises à la majorité, c'est-à-dire, à chaque stade, en dépit du désaccord des minoritaires.

D'autre part, elle distingue plus nettement le rôle de chaque organe. Certes, on avait pu voir dans l'arrêt *Motte*, la consécration de certaines idées institutionnalistes (39). Mais l'imprécision de la répartition des pouvoirs entre le conseil d'administration et son président, ainsi que les contradictions entre les principes de hiérarchie et de spécialisation, ôtaient de son attrait à l'explication proposée.

La société à directoire constitue un progrès à ce point de vue, car elle utilise un critère unique de répartition en distinguant la gestion et le contrôle :

(35) Par exemple : F. DERRIDA, De la nature juridique des sociétés par intérêts depuis la loi du 24 juillet 1966, *Mél. Audinet* 1967, 43; H. SOULEAU, La démission des dirigeants des sociétés commerciales, *Rev. Trim. Dr. Com.* 1972, p. 21; J.-P. BERDAH, *Fonctions et responsabilités des dirigeants de sociétés par actions*, B.D.C., t. 27.

(36) HÉMARD, TERRÉ et MABILAT, t. I, n° 569, p. 545.

(37) L'expression est de DESQUEYRAT, th. citée, n. 4.

(38) Pour une telle comparaison sur d'autres terrains du droit privé, v. A. RIEG, th. préc., n. 15. Aj. J. TREILLARD, *Cours de droit privé comparé*, Bordeaux, 1976, 3e partie.

(38 *bis*) Mais certains relèvent, dans la réforme du titre IX du livre III du Code Civil, « une certaine renaissance de l'aspect contractuel » (M. JEANTIN, La réforme du droit des sociétés par la loi du 4 janvier 1978, *D.* 1978, Chron. 173, n° 7). Le contraire pourrait être soutenu, et l'a été durant les travaux parlementaires, mais au seul propos de l'article 1832.

(39) J. LEBLOND, Les pouvoirs respectifs de l'assemblée générale, du conseil d'administration, du président-directeur général et du directeur général adjoint dans la doctrine institutionnelle, *Gaz. Pal.* 1957, I, Doctr. 29. Comp. HÉMARD, TERRE et MABILAT, t. I, n° 569, p. 545.

il s'agit véritablement de fonctions, déterminées avec suffisamment de généralité pour éviter le recours à une casuistique discutable. Chaque organe ne peut exercer que ses propres fonctions, et la définition la plus vaste (les fonctions du directoire) concerne les rapports de l'institution avec les tiers.

Ces deux caractères de la société de type nouveau retentissent naturellement sur la situation des dirigeants; l'on ne peut s'étonner de voir croître les dispositions d'intérêt structurel (stabilité des fonctions, disponibilité à l'égard de la société notamment) qui peuvent être rattachées à l'idée de mise en œuvre des moyens destinés à atteindre le but collectif.

Mais, surtout, l'organisation nouvelle transforme l'un des points d'appuis essentiels des thèses classiques : elle aboutit à diminuer l'importance du droit de propriété (40). A celui-ci n'est plus rattaché directement le pouvoir sur les biens sociaux. Au contraire, un double écran s'est installé entre la collectivité des actionnaires et la plupart des décisions de gestion : deux organes au lieu d'un.

Cette stratification apparaît nettement, en droit, avec le système de révocation des membres du directoire, et, en fait, dans la propension à laisser le conseil de surveillance assumer l'essentiel des tâches de contrôle au nom des actionnaires.

Le recul de l'assemblée et sa spécialisation traduisent un peu plus la distinction entre le but social et les intérêts des actionnaires : l'institution vit pour elle-même, peut-être plus que pour satisfaire le goût du profit des apporteurs de capitaux.

214. — Mais cette vue ne doit pas être exagérée, il faut reconnaître les limites auxquelles se heurte encore en droit positif la théorie de l'institution vue sous cet angle. Car l'assemblée conserve des pouvoirs considérables, le conseil de surveillance propose plus qu'il ne dispose et le directoire peut rarement s'abriter derrière le conseil pour faire front à l'assemblée.

Les actionnaires conservent un pouvoir déterminant, celui de faire les statuts : spécialement, ils peuvent choisir ou non la forme dualiste, stipuler des limites internes aux pouvoirs des organes, aménager des conditions relatives aux dirigeants. Par ailleurs, l'assemblée ordinaire jouit d'un certain nombre de prérogatives que lui confère la loi en matière de gestion et d'organisation de la société.

Le rôle important reconnu à la volonté des actionnaires semble remettre en place le droit de propriété et nous ramener dans l'orbite du contrat.

Mais, même à ce niveau, l'institution fournit une meilleure explication : création juridique continue, résultante de nombreuses volontés communes, elle produit elle-même ses propres règles de fonctionnement, à la majorité, quand la loi ne le fait pas.

Et, de toute manière, l'essentiel dans la société anonyme, ainsi que dans l'institution, réside dans la structuration collective au bénéfice de l'idée commune. Or tel semble bien être l'esprit des règles légales.

Ne peut-on pas faire la même analyse concernant l'entreprise ? Cette coïncidence, si elle est établie, n'a-t-elle pas des effets particuliers sur la société anonyme ?

(40) Dans ce sens, v. M. J. Coffy, Le nouveau type d'administration des sociétés anonymes, *J. Not.* 1971, art. 50309, p. 1233, et sa thèse, Le recrutement des dirigeants des sociétés commerciales (Droit comparé franco-allemand), Strasbourg, 1973.

Section 2. — Société anonyme à directoire et entreprise.

215. — Les rapports qui existent nécessairement entre la notion de société et celle d'entreprise sont difficiles à caractériser. Le caractère anonyme de la société que nous étudions pose sans doute le problème d'une façon particulière. On sent intuitivement qu'il y a des correspondances importantes et fructueuses à établir, que des recherches récentes ont déjà profondément exploitées, dans des sens divers (41). Les traits spécifiques de la société anonyme à directoire autorisent à reposer le problème, tout particulièrement sous l'aspect structurel.

En effet, si la tendance législative de la société anonyme est à l'institutionnalisation, on peut se fixer une hypothèse de recherche plus vaste, si l'on découvre le même mouvement pour l'entreprise. Cette hypothèse serait celle d'une fusion institutionnelle, celle de la création législative d'une institution privée plus achevée que celles que l'on a connues jusqu'ici, puisqu'elle réunirait la société et l'entreprise.

Il faut donc présenter deux hypothèses complémentaires :

§ 1 : Institutionnalisation de l'entreprise;

§ 2: Fusion institutionnelle de l'entreprise et de la société anonyme à directoire.

§ 1. — Institutionnalisation de l'entreprise.

216. — L'émergence progressive de la notion d'entreprise constitue sans doute l'un des phénomènes juridiques les plus fascinants de notre siècle. Naturellement, cette naissance a été saluée, expliquée et stimulée par une floraison impressionnante de travaux doctrinaux, auxquels il peut sembler présomptueux ou inutile d'ajouter dans cette étude.

Simplement, il convient de vérifier ici dans quelle mesure l'hypothèse de l'institutionnalisation de l'entreprise est une hypothèse plausible.

Mais on ne saurait correctement mesurer cette évolution sans rappeler les limites fondamentales de la notion d'entreprise dans le droit actuel. Malgré l'importance des références législatives qu'elle n'a cessé d'accumuler depuis vingt ans, l'entreprise reste ce que M. Despax avait pu appeler un « sujet de droit naissant » (42).

C'est qu'en effet la personnalité morale est toujours refusée à l'entreprise (43). Il serait certes concevable de la mouler dans la définition très large que donne la jurisprudence, et qui fut formulée, coïncidence (44), à propos des

(41) Citons en particulier Ripert, *Aspects juridiques du capitalisme moderne;* M. Despax, *L'entreprise et le droit,* B.D.P., t. I, 1958; J. Paillusseau, *La société anonyme, technique d'organisation de l'entreprise,* B.D.C., t. XVIII.

(42) M. Depax, th. préc., p. 411, n° 391.

(43) Sur l'ensemble du problème en droit comparé v. Les groupements et organismes sans personnalité juridique, *Tx. Assoc. H. Capitant,* t. XXI, Dalloz, 1969, et spé. le rapport de M. C. Champaud sur le droit français (p. 118 et s.).

(44) V. la part prise par P. Durand, La personnalité juridique des comités d'établissement, *Dr. Soc.* 1951, 26.

comités d'établissement (45). Mais le droit positif continue de refuser de séparer l'entreprise de la personne de l'entrepreneur (46).

On y voit classiquement une conséquence du principe de l'unité du patrimoine, dégagée par Aubry et Rau au XIX[e] siècle (47). Malgré la faveur rencontrée dans d'autres pays européens pour la théorie du patrimoine d'affectation (48), le droit français reste fermé à de telles explications (49) et ce n'est que *de lege ferenda* que l'on peut proposer la personnalisation de l'entreprise, ou simplement, la distinction des patrimoines (50).

217. — Toutefois, la loi du 24 juillet 1966 a été invoquée pour justifier une solution contraire. Pour M. Claude Champaud (51), l'article L. 9 « permettra incontestablement l'existence de sociétés d'une seule personne qui pourront régulièrement fonctionner pendant plusieurs années »; ce texte, « quelles que soient les intentions du législateur, sera plus tard salué comme une innovation essentielle de la réforme ».

Et cet auteur d'en déduire que la société fournit à l'entreprise « les moyens de l'affectation patrimoniale nécessaire à l'activité économique ».

Une telle affirmation contient une part de vérité dans la mesure où elle s'appuie sur une observation réaliste de la pratique française (52), dont les membres ont parfois exprimé clairement leur intérêt pour la société en main unique (53).

Mais dans l'état du droit positif, et spécialement de l'article L. 9 lui-même, cette position n'est guère soutenable.

Le but de l'article L. 9 est en effet de remédier à l'inconvénient pratique représenté par l'automaticité de la dissolution, en permettant à l'associé unique de régulariser sa situation (54). Cela ne signifie pas, précisément, que la société en

(45) 2[e] Civ. 28 janv. 1954, *D.* 1954, 217, n. G. LEVASSEUR; *S.* 1954, 1, 168.

(46) Ce qui fait penser à la phrase de M. P. COULOMBEL : « La personnalité morale ne se constate pas, elle s'affirme. » Le particularisme de la condition juridique des personnes morales de droit privé, th. Nancy, 1950, p. 41.

(47) *Cours de droit civil français*, 5[e] éd., t. IX, n[os] 533 et s. Comp. SALEILLES, *De la personnalité juridique, Histoire et théories;* R. PERCEROU, La personne morale de droit privé, patrimoine d'affection, th. Paris, 1951, dactyl.

(48) V. par exemple M. SATANOWSKI, Nature juridique de l'entreprise et du fonds de commerce, *R.I.D.C.* 1955, 726; E. MASSIN, La personnalité du fonds de commerce et de l'entreprise, *Rec. Gén. Lois* 1971, 69; J. AUSSEDAT, Société unipersonnelle et patrimoine d'affectation, *Rev. Soc.* 1974, 221.

(49) V. G BORD, L'entreprise, mythe ou réalité, *Rev. Agréés* 1970, 167.

(50) RIPERT et ROBLOT, t. I, n° 360. V. aussi M. ROTONDI, La limitation de responsabilité dans l'entreprise individuelle, *Rev. Trim. Dr. Com.* 1968, p. 1; F. SPETH, même titre, *R.I.D.C.* 1957, 27.

(51) *Rev. Trim. Dr. Com.* 1967, 179. V. aussi le dossier U, réuni par MM. C. CHAMPAUD et J. PAILLUSSEAU, *L'entreprise et le droit commercial*, Armand Colin, 1970, p. 102. Dans ce même sens, v. Aj. Rép. Min. Industrie à M. Poudonson, *J.O.*, Déb. Sénat, 31 mai 1978, 1073. Y. LAMBERT-FAIVRE, L'entreprise et ses formes juridiques, *Rev. Trim. Dr. Com.* 1968, 926.

(52) M. CHAMPAUD précise en effet qu'une « enquête sérieuse révélerait bien vite que la moitié des sociétés existant en France sont en réalité des sociétés unipersonnelles ». Rappr. J. DERRUPPÉ, Le sort de la société commerciale qui n'a plus qu'un seul associé, *Mél. Bastian*, 1974, t. I, p. 57. Pour cet auteur l'abondance des décisions judiciaires montre qu'il s'agit d'une situation fréquente, occasion de nombreux conflits, notamment avec l'administration fiscale.

(53) V. les travaux du 64[e] congrès des notaires (Royan, 1966), le rapport de M[e] AUSSEDAT (t. I, p. 214) et la synthèse de M. BEGUIN (t. II, p. 235 et s.). V. les regrets exprimés par MM. R. HOUIN et F. GORE après 1966 (*D.* 1967, Chron. 121, spé. n° 31) et les craintes de M. BASTIAN (*J.C.P.* 1968, I, 2168, spé. n° 131). V. aussi les propositions de loi de M. Cousté, n° 287, *J.O.*, Doc. Ass. Nat., 10 mai 1973 — et de M. Modiano, n° 1384, *J.O.*, Doc. Ass. Nat., 8 oct. 1970.

(54) V. J. DERRUPPÉ, art. cité, n. 52, p. 58.

main unique soit devenue régulière. Tout au contraire, le principe reste affirmé de la pluralité d'associés (55), et il demeure sanctionné par la dissolution, même si elle n'est plus automatique, même si elle n'est plus immédiate.

L'interprétation rigoureuse de l'article L. 9 conduit donc à décider que, passé le délai d'un an, la situation ne pourra plus être régularisée (56). L'associé unique se heurtera d'ailleurs à de nombreux problèmes pratiques (57), et il serait donc logique de ne lui permettre qu'une « activité de survie » (58).

De toute manière, cette hypothèse n'affecte le droit de la société anonyme qu'au second degré, puisque l'article L. 240 retient déjà comme cause de dissolution judiciaire le cas où le nombre des actionnaires est inférieur à sept depuis plus d'un an.

En outre, on a montré que la personnalité morale et la théorie de l'institution n'était pas indissolublement liées (59). L'entreprise, qui a une certaine existence juridique, peut fort bien réunir peu à peu des éléments institutionnels avant même d'être consacrée en tant que personne juridique indépendante.

218. — Or, dans beaucoup de domaines, l'apparition de l'entreprise semble avoir correspondu à un recul du contrat et à une avancée de l'institution. Ce mouvement, particulièrement net à la Libération, a été magistralement mis en lumière par Paul Durand, dans son célèbre rapport sur « La notion juridique d'entreprise » (60).

A cette époque, en effet, on a assisté presque simultanément à des réformes telles que celle du bail à ferme (61) ou celle qui visait à nationaliser certaines grandes entreprises (62), qui confirmaient les vues institutionnalistes. En droit du travail, la création des comités d'entreprise (63) montrait la sensibilité du législateur envers les thèses qui investissent l'employeur d'une fonction sociale et collectivisent les rapports dans l'entreprise (64).

Après une assez longue éclipse, le mouvement a repris, surtout en droit du travail, où les pouvoirs discrétionnaires de l'employeur sont progressivement réduits.

(55) HÉMARD, TERRÉ et MABILAT, t. I, n° 233.

(56) Mêmes auteurs, même ouvrage, n° 236; MERCADAL et JANIN, n° 343. Pour l'opinion différente, fondée sur le caractère constitutif du jugement de dissolution, v. J.-P. SORTAIS, La société unipersonnelle, *Mél. Bastian*, t. I, p. 325, spé. p. 331.

(57) *Ibid.*

(58) Opinion envisagée par M. J. DERRUPPÉ, art. préc., p. 61. Mais cet auteur, ainsi que M. J.-P. SORTAIS, milite dans l'ensemble pour une conception plus souple de l'article L. 9, sans atteindre à la systématisation préconisée par M. CHAMPAUD.

(59) J. COULOMBEL, th. préc., p. 40 et s.; G. BORD, Domaine d'application du droit de la faillite aux personnes morales, ouvrage dactyl., Bordeaux, 1977; p. 20 et s.; Y. LAMBERT-FAIVRE, art. préc., n. 51, p. 972; O. SIMON, Les baux d'exploitation et la notion d'entreprise, *Rev. Trim. Dr. Com.* 1977, 241, spé. n° 56.

(60) Journées de l'Association H. Capitant, 1947, Dalloz.

(61) G. RIPERT, Le statut du fermage, du droit contractuel au droit de l'entreprise, *D.* 1946, Chron. I; R. SAINT-ALARY. La notion juridique d'entreprise agricole, *Rev. Trim. Dr. Civ.* 1950, 129; O. SIMON, art. préc., n. 59.

(62) J. TREILLARD, La nature juridique de l'entreprise et l'expérience des nationalisations, *Rev. Trim. Dr. Com.* 1953, 605; G. LAGARDE, De la société anonyme à l'entreprise publique, Et. Ripert, t. II, p. 236.

(63) V. J. BRÈTHE DE LA GRESSAYE, La réforme des comités d'entreprise, *J.C.P.* 1946, I, 570.

(64) V. A. LEGAL et J. BRÈTHE DE LA GRESSAYE, *Le pouvoir disciplinaire dans les institutions privées*, 1938; J. BRÈTHE DE LA GRESSAYE, Les transformations juridiques de l'entreprise patronale, *Dr. Soc.* 1939, p. 1, *Encycl. Dalloz*, v° *Institution*, n° 19.

Certes, le contrat de travail impliquant la subordination demeure le mode normal d'entrée dans l'entreprise (65). Certes, parmi les réformes, il en est de légères ou d'indirectes (la liberté d'embauche n'est pas vraiment atteinte par les techniques administratives nouvelles, l'intéressement des travailleurs n'a qu'un domaine restreint et n'assure pas vraiment la justice dans la répartition du profit).

Mais d'autres réformes ont eu plus de signification, notamment celles qui sont intervenues en matière de licenciement. La stabilité des salariés s'est encore accrue alors qu'elle était déjà défendue contre les modifications juridiques de l'entreprise (ancien art. 23, al. 8, du livre I^er^ du Code du Travail, art. L. 122-12 nouveau). L'organisation communautaire s'est consolidée (accroissement des pouvoirs du comité d'entreprise par la loi du 18 juin 1966; création de la section syndicale d'entreprise par la loi du 27 décembre 1968; vogue croissante des accords d'entreprise : protection plus efficace des représentants du personnel par la loi et la jurisprudence).

219. — A première vue, le droit commercial semble prendre en considération des éléments différents : il définirait l'entreprise non par l'existence du personnel, comme le fait le droit du travail (66), mais par l'exercice d'une activité commerciale, pour laquelle un individu ou une société peuvent se passer d'aide salariée.

C'est du moins sous cet angle que la doctrine française (67) a commencé d'adapter à notre droit l' « impresa » italienne. Toutefois, il ne pouvait s'agir que d'une tentative, certes intéressante, mais limité du fait de l'existence de l'article 632 du Code de Commerce (68).

Il fallait donc établir l'entreprise en droit commercial sur d'autres bases que la nature de son activité, et c'est dans ces conditions qu'une construction institutionnelle s'est peu à peu élaborée. Ses racines profondes rejoignent les évolutions notées dans d'autres droits.

Une partie des commercialistes a dès lors reconnu que l'entreprise était d'abord un « groupement de personnes, stable et organisé », ce qui, ajoute M. R. Plaisant, « en fait une institution » (69). L'organisation est de nature économique « orientée vers la production ou l'échange des biens et des services, dans laquelle s'exerce l'activité professionnelle de l'entrepreneur ».

La spécificité de l'organisation s'établit essentiellement sur les phénomènes juridiques de dissociation entre l'entreprise et la personne de l'entrepreneur. Ainsi, le droit commercial enrichit la notion d'entreprise en proposant une organisation de ses biens (notamment à travers le fonds de commerce) (70),

(65) Mais l'on remarque que ce maintien peut jouer en faveur des salariés (G. H. Camerlynck, *Traité de droit du travail*, t. I : *Le contrat de travail*, n° 13, p. 23).

(66) G.-H. Camerlynck et G. Lyon-Caen, *Précis Dalloz Droit du Travail* n° 306; X. Blanc-Jouvan, *Encycl. Dalloz*, rép. Droit du Travail, v° *Entreprise*.

(67) Escarra et Rault, t. I, n^os^ 102 et s.; R. Saint-Alary, Le caractère civil ou commercial des entreprises travaillant sur les œuvres de l'esprit, *J.C.P.* 1947, I, 494.

(68) V. la critique adressée par MM. Hamel et Lagarde, t. I, n° 148, et celle de M. Despax, th. citée, n^os^ 16 et s. MM. Champaud et Paillusseau parlent d'un « piège à commercialiste » (Dossier U, préc., p. 21). Comp. Ripert et Roblot, t. I, n° 139, pour qui l'évolution se fait vers un droit professionnel (t. I, n^os^ 9 et 299).

(69) V. Dossier U„ p. 27 (citation tirée de l'*Encycl. Dalloz* éd. 1957). Comp. Ripert et Roblot, t. I, n° 358; Hamel et Lagarde, t. I, n° 207.

(70) Mais les limites de cette dissociation apparaissent clairement dans les incertitudes quant à la nature juridique des fonds de commerce; cf. à cet égard, l'intéressante réflexion de M. Paul Didier, Esquisse de la notion d'entreprise, *Mél. Voirin*, p. 209, et *Manuel Thémis*, Droit Commercial, p. 279 et s.

ou en séparant le sort de l'entreprise et celui de ses dirigeants lors des procédures collectives (71).

Mais on ne retrouve pas ces dissociations entre l'entreprise et l'entrepreneur dans les rapports avec le personnel : pour ce dernier, l'entreprise se confond avec l'entrepreneur dans le domaine du droit commercial. Dès lors, que l'entrepreneur soit un individu ou une société, peu importe : le droit des sociétés n'intéresse pas directement le personnel.

Pourtant, on peut se demander si, du fait de l'évolution institutionnelle notée dans la société anonyme, dans l'entreprise en droit du travail et dans l'entreprise en droit commercial, on ne s'oriente pas vers une rencontre de ces entités juridiques qui affèrent toutes à la même réalité économique.

§ 2. — Fusion institutionnelle de l'entreprise et de la société anonyme à directoire.

220. — Si l'on accepte l'hypothèse d'une institutionnalisation de l'entreprise, on peut légitimement se demander si ce courant n'a pas finalement la même nature et le même objet que l'institutionnalisation de la société anonyme; et l'influence prépondérante de l'élément structurel dans le type nouveau pourrait indiquer la voie royale de cette fusion.

Mais il faut d'abord se rappeler les arguments très sérieux invoqués par la doctrine classique pour défendre une stricte séparation entre l'entreprise et la société. Il est vrai que cette conclusion dérive de la théorie contractuelle. Mais sa présence dans le droit positif, bien qu'atténuée, hypothèque les chances de la théorie de l'unité institutionnelle entre l'entreprise et la société anonyme.

Pour les auteurs contractualistes, il importe de ne pas confondre le contrat de société et les contrats de travail que passe une société. Cette dernière est l'entrepreneur, et les intérêts de l'entreprise ne sont autres que les siens. Elle a pouvoir sur les choses, parce qu'elle en est propriétaire, et pouvoir sur les hommes, parce que le contrat de travail emporte leur subordination.

En conséquence, il existe deux domaines bien distincts (72), celui des rapports individuels de la société avec ses salariés, régi par le droit du travail, et celui des rapports internes de la société, destiné à dégager la volonté de l'entrepreneur, régi par le droit des sociétés.

Le but de la société reste lucratif : faire des bénéfices ou profiter d'une économie (art. 1832 C. Civ., réd. loi du 4 janv. 1978) (73), et elle se servira pour cela des différents moyens qui sont à sa disposition. Les salariés et les biens de l'entreprise sont ces moyens, destinés à être rentabilisés au profit des associés, ce que demeurent les actionnaires, qui ne sont pas devenus les créanciers de l'entreprise (74).

(71) Mais la loi du 13 juillet 1967 n'emploie pas elle-même le terme d'entreprise (A. SOLAL, L'entreprise, test de l'efficacité de nos procédés de connaissance juridique, *Rev. Trim. Dr. Com.* 1971, 633), et la séparation de l'homme et de l'entreprise est loin d'être complète s'agissant des entrepreneurs individuels (v. l'analyse de l'art. 79 de la loi du 13 juill. 1967 présentée par M. J. DERRUPPÉ, *Cours de droit commercial*, 4e année, 1976-1977, p. 117).

(72) M. VASSEUR, Quelle société européenne ? *D.* 1972, Chron. 169.

(73) D. SCHMIDT, th. citée, n. 11, n° 194, p. 143. Comp. J. PAILLUSSEAU, th. préc., n. 41, p. 196. Sur la notion de bénéfice, v. M. JEANTIN, art. préc., n. 38 *bis;* Jean FOYER, La réforme du titre IX du livre III du Code Civil, *Rev. Soc.* 1978, 1.

(74) R. RODIÈRE, *Groupements commerciaux*, 7e éd., n° 294, p. 293.

Cette conception a le mérite d'une grande cohérence intellectuelle. Mais elle n'explique pas la collectivisation des rapports entre salariés et employeur qui s'est effectuée dans le droit moderne, ni l'évolution du droit de la société anonyme, comme nous l'avons vu.

Aussi peut-on se permettre d'explorer l'hypothèse d'une intégration, au seul niveau de la société aonyme, entre celle-ci et l'entreprise.

221. — En 1966, René Capitant se défendait de vouloir introduire au milieu de la réforme du droit des sociétés un texte concernant la « réforme de l'entreprise ». Son seul dessein était de la préparer.

En 1975, la commission Sudreau, chargée de concevoir « la » réforme de l'entreprise, concerne de larges parts du droit des sociétés, et notamment, des sociétés anonymes.

Ces deux faits montrent bien l'incontestable évolution qui rapproche le droit de la société anonyme de celui de l'entreprise. La raison fondamentale en est que, sur le plan de la structuration, ces deux entités sont complémentaires.

D'un part, mais il ne s'agit encore que d'un point commun avec les autres sociétés, la société anonyme apporte à l'entreprise la personnalité juridique, et donc lui donne des contours juridiques précis.

D'autre part, et c'est le point essentiel pour nous, la société anonyme à directoire offre à l'entreprise une distribution fonctionnelle qui lui convient fondamentalement. Car la distinction gestion-contrôle tend à devenir la colonne vertébrale de l'entreprise comme de la société aonyme. Le chef d'entreprise dirige, les organes représentatifs du personnel contrôlent. Par-delà les nuances souvent très nettes dans la finalité des contrôles, on retrouve pour les actionnaires et les salariés la même démarche d'examen de la gestion *a posteriori*, suivie d'une sanction de droit ou de fait. L'objet du contrôle est le même, c'est l'activité économique de l'entreprise ou de la société. La question n'est donc plus de savoir si l'on peut assurer l'unité de l'ensemble, mais si l'on veut la garantir.

Or le droit de la société anonyme a amorcé depuis longtemps cette évolution, par le biais de l'ordonnance du 22 février 1945 sur les comités d'entreprise. Le contrôle par le personnel de l'entreprise est reconnu sur la gestion économique de la société anonyme, avec plus de rigueur et de moyens que dans les autres sociétés. Le comité recueille les mêmes informations que les actionnaires; il peut demander des explications aux commissaires aux comptes de la société et se faire assister d'un expert-comptable extérieur à la société. De plus, si les membres du comité ont individuellement droit aux mêmes communications et aux mêmes copies que les actionnaires, ils peuvent peser sur le jugement de ces derniers, réunis en assemblée, en leur faisant parvenir leur avis. De même, les assemblées d'actionnaires doivent recevoir les observations comptables faites par le comité (75).

(75) V. A. Dalsace, L'influence de la création des comités d'entreprise sur le droit français des sociétés anonymes, *Rev. Soc.* 1946, 122; D. Bastian, La communication aux comités d'entreprise de renseignements d'ordre financier, *J. Soc.* 1948, 329; D. Veaux, Le rôle du comité d'entreprise dans les sociétés anonymes, *Dr. Soc.* 1948, 87; J. Burgard, Conseil d'administration et comité d'entreprise, *Rev. Soc.* 1961, 379; G. Adam et M. Lucas, Les institutions représentatives du personnel en France. Bilan et perspectives, *Dr. Soc.* 1976, 79; M. Despax et J. Pélissier, *La gestion du personnel*, t. III : *Les relations sociales dans l'entreprise*, p. 183; G. Lagarde, *Encycl. Dalloz Sociétés*, v° *Comités d'entreprise;* Ch. Freyria, Problématiques des pouvoirs économiques des comités d'entreprise, *Mél. A. Brun*, 1974, p. 209; *Bilan juridique des fonctions économiques des comités d'entreprise*, Et. G.-H. Camerlynck, 1977, p. 273.

Enfin, le comité délègue certains de ses membres au conseil d'administration : toutes ces mesures propres à la société anonyme constituent bien une coopération organique entre l'entreprise et la société.

Mais le système ne fonctionne pas au mieux dans la société anonyme de type classique : le conseil d'administration a trop de pouvoir pour qu'il soit concevable dans l'esprit des dirigeants de partager à ce niveau avec les représentants des salariés. Alors, ces derniers sont cantonnés dans un rôle consultatif, informatif, et, pour les décisions importantes élaborées en dehors d'eux, mis devant le fait accompli (76).

222. — La formule directoire-conseil de surveillance semble mieux adaptée aux exigences structurelles de l'entreprise, tellement même qu'il devient tentant d'utiliser l'organe de contrôle de la société au bénéfice de l'entreprise. C'est ainsi que le conseil de surveillance peut devenir une instance mixte, rassemblant à la fois des représentants des actionnaires et des représentants des salariés.

La cosurveillance proposée par le rapport Sudreau constitue un pas dans cette direction. Elle se démarque de la cogestion qui semble inacceptable pour des raisons pratiques et idéologiques, mais aussi à cause des dynamismes contenus dans la structure même de l'entreprise actuelle.

Car, lorsqu'on assure l'autonomie et l'homogénéité de l'organe de gestion, on diminue le rôle des actionnaires, qui se rapproche alors de celui des salariés : l'assemblée des actionnaires perd de sa puissance au bénéfice du conseil de surveillance, instance mixte qui assume le contrôle en principal.

Cette rencontre au niveau du conseil de surveillance, qui n'existe qu'en germe dans le droit positif, a des conséquences extrêmement importantes sur la nature de la société anonyme. Elle cherche à établir, par une technique institutionnelle, le lien communautaire entre le groupement société et le groupement entreprise.

Ces deux groupements participaient déjà, de façon incontestable, à une activité économique commune. Progressivement, leurs rapports vont s'égaliser; la domination ancienne du capital va s'atténuer, un contre-pouvoir sera reconnu aux salariés, mais dans une instance commune, avec des dépendances réciproques. Ainsi va se réaliser l'unité institutionnelle du capital et du travail.

Vainement les partisans du contrat diront-ils que les salariés deviennent actionnaires, qu'ils ont l'*affectio societatis* nécessaire : les liens créés ne dépendent pas de l'actionnariat, la participation des salariés au conseil de surveillance ne résulte que de leur appartenance à l'entreprise.

223. — Cette unité institutionnelle nous rapproche des vues d'une fraction avancée de la doctrine en matière de société anonyme, qui consacre, sur le plan organique, le contrôle de la volonté majoritaire au nom des intérêts de l'entreprise (77).

Car il serait difficile de trouver à la cosurveillance un autre terrain d'action que l'intérêt de l'entreprise. Même si les salariés n'ont pas la majorité dans l'instance mixte, ils représentent en elle un élément tellement nouveau qu'il en change (ou en affirme) la finalité. Ils obligent à trancher entre l'intérêt de l'entreprise et l'intérêt de la société.

(76) V. J. Burgard, art. préc.; M. Cohen, Les attributions du comité d'entreprise dans les domaines professionnel et économique, *Rev. Prat. Dr. Soc.*, n° 345, janv. 1974.
(77) V. J. Paillusseau, th. préc., p. 197; comp. D. Schmidt, th. préc., p. 144, n° 195.

Notons que l'amendement Capitant - Le Douarec retenait cumulativement ces deux critères : le comité de direction devait agir « dans l'intérêt de l'entreprise et de la société ». Cette référence a disparu au cours des débats parlementaires car elle s'inscrivait dans la perspective du double contrôle par le conseil et le comité d'entreprise.

Avec un conseil de surveillance mixte, le cumul des deux critères n'est certainement pas une bonne solution. L'unité organique conduit logiquement, et même suppose, l'unité d'objectif. A quoi servirait de réunir dans une instance commune deux catégories différentes qui n'auraient pas de but commun ?

De telles réflexions condamnent l'unité institutionnelle, à moins d'affirmer la précellence d'une entité sur l'autre. Cette recherche a déjà été faite par des auteurs, qui, il est vrai, ont dénoncé les défauts de la théorie institutionnelle.

Pour M. Paillusseau, qui fait siennes les conclusions de M. J. Lacombe (78), « les exigences économiques de l'entreprise se confondent avec les impératifs de la réalisation de l'objet social » (79). Or, « le but et l'intérêt de l'entreprise résident essentiellement dans la vie et la croissance de l'organisation économique » (80).

La raison profonde en est que la société anonyme n'a d'autre objet que l'organisation juridique de l'entreprise (81), son gouvernement (82). Dès lors, les organes sociaux n'ont que des pouvoirs fonctionnels, destinés à « assurer la vie de l'organisme économique ». S'ils les exercent contrairement à l'intérêt social, leurs actes doivent pouvoir être annulés. C'est ce qui arrive en matière de mises en réserves des bénéfices (83).

Il semble que la cosurveillance s'inscrive dans l'évolution logique du pouvoir de décision dans l'entreprise. Autrefois concentré entre les mains d'une seule personne, ce pouvoir est désormais collégialement partagé dans des organes hétérogènes (84), ce qui accentue son aspect fonctionnel. Et l'on peut envisager, comme le fait M. Contin, de faire rentrer au conseil de surveillance des représentants des autres parties prenantes dans l'entreprise (85).

Cependant, la cosurveillance ne propose pas exactement ce genre d'évolution. On peut même penser qu'elle atténue la primauté de l'entreprise au sens économico-commercial où l'entend M. Paillusseau. Elle constitue plutôt une émergence d'autres finalités qui font penser à un vaste changement de perspectives. Peut-être assiste-t-on à ce que M. Coulombel avait déjà envisagé, à savoir le début de l'absorption de la société par l'entreprise (86).

Cette idée a été reprise par M. Despax. Cet auteur établit, à propos des mises en réserves des bénéfices sociaux, que l'intérêt de la société « est de toute façon déterminé en fonction de la situation économique de l'entreprise » (87), et il estime que l'expansion (juridique) de l'entreprise se fera au détriment de la société personne morale. « Que l'on regrette ou que l'on approuve cette tendance, écrit-il, tout notre droit moderne paraît dominé par une fonctionnalisation de plus en plus poussée de droits. On voit mal comment le chef d'entre-

(78) Les réserves dans les sociétés par actions, th. Nancy, 1962, p. 106.
(79) J. PAILLUSSEAU, th. préc., p. 198.
(80) *Ibid.*, p. 200.
(81) *Ibid.*, p. 107 et s.
(82) *Ibid.*, p. 91.
(83) *Ibid.*, p. 200 et 201; Comp. HÉMARD, TERRÉ et MABILAT, t. I, n° 940; D. SCHMIDT, p. 151, n° 204. V. *supra*, n° 75.
(84) J. PAILLUSSEAU, th. préc., p. 93.
(85) R. CONTIN, *Le contrôle de la gestion dans la société anonyme*, n° 741, p. 503.
(86) P. COULOMBEL, th. préc., n. 46, p. 202.
(87) M. DESPAX, th. préc., p. 209, n° 192.

prise qui, plus que tout autre, remplit une " fonction sociale ", pourrait échapper à cette évolution. » (88)

C'est bien dans cette direction que peut nous entraîner la société anonyme à directoire, avec sa virtualité logique qu'est la cosurveillance. Dans sa structure se profile une humanisation des finalités de l'entreprise, jusqu'alors soumise à la rigueur du plus grand succès économique. L'entreprise ne connaît pas de nos jours une définition unitaire, chaque partie du droit qui l'utilise l'assujettit à des résultats précis. Mais ces définitions divergentes entrent parfois en conflit, et ici, c'est une problématique du droit du travail qui l'emporterait.

Cependant, en réalisant la « fonctionnalisation » de la gestion par le dynamisme d'une fusion institutionnelle, la cosurveillance se heurte à de sévères critiques, qui atteignent aussi, plus fondamentalement, la société anonyme à directoire elle-même.

Section 3. — **Critique globale.**

224. — La théorie de l'unité institutionnelle est séduisante dans la mesure où elle permet de retrouver le fil d'Ariane parmi les nombreuses créations du législateur et de la jurisprudence.

Mais elle cumule ses propres défauts avec ceux de l'institution elle-même, dont elle est une variante, et qu'il faut chercher à dépasser.

§ 1 : Défauts de la théorie institutionnelle appliquée à la société anonyme à directoire;

§ 2 : Dépassement de la théorie institutionnelle.

§ 1. — **Défauts de la théorie institutionnelle appliquée à la société anonyme à directoire.**

225. — Deux séries de reproches peuvent être retenus contre la théorie institutionnelle et, par-là, contre l'un de ses produits logiques, la théorie de l'unité institutionnelle société anonyme-entreprise. D'abord, il est impossible de mettre en œuvre certaines de ses conséquences. Ensuite, elle suppose une position globale du problème qui est fondamentalement contestable.

I. — Des effets juridiques impraticables.

226. — L'institution est un cadre autonome qui se définit par sa finalité. Or cette finalité est insaisissable et cette autonomie n'est pas possible.

En effet, qui va contrôler l'intérêt de l'institution, qu'il soit celui de l'entreprise ou de la société ? Dans l'optique de la cosurveillance, on peut estimer que seul le conseil mixte pourra le faire, ce qui consacre à la fois le recul de l'assemblée et le maintien de la prédominance des actionnaires, majoritaires au conseil.

(88) M. Despax, th. préc., p. 417, n° 393.

Aussi paraît-il inéluctable d'en référer au juge. Ce dernier n'est-il pas souvent chargé de porter des appréciations d'ordre économique ? Sans parler des nombreuses dispositions qui donnent cet exemple en matière de procédures collectives, le droit des sociétés utilise de plus en plus fréquemment cet atout judiciaire (89).

Devant cette situation, deux attitudes sont possibles.

Soit l'on estime que l'appréciation de l'intérêt de l'entreprise ou de la société est devenue une tâche courante, normale, pour le juge. Soit l'on dénonce l'impuissance grandissante devant les problèmes économiques actuels, qu'accusent des juridictions conçues au siècle dernier (90). Et l'on propose une magistrature économique, qui se profile déjà à travers les conseillers de gestion des « super-tribunaux » de commerce (ce qui montre bien que, tout professionnels qu'ils soient, les juges consulaires n'ont pas nécessairement une compétence qui s'étend à tous les secteurs de l'économie).

Mais cette réforme est loin d'être réalisée. L'économie et le droit sont choses différentes. Le danger d'un arbitraire technocratique fait frémir (91).

De toute façon, même avec des juges théoriquement mieux armés, l'appréciation de l'intérêt de l'entreprise ou de la société se heurte à des problèmes techniques particulièrement délicats. Et, comme toute notion subjective, l'intérêt de l'entreprise est défini de façon fonctionnelle, c'est-à-dire en contemplation du but précis que l'on veut atteindre.

Dans l'hypithèse de la cosurveillance, l'antagonisme capital-travail ressurgira nécessairement. Or la structure préconisée penche en faveur du capital : le facteur travail n'y est représenté qu'au conseil de surveillance, et, au mieux, dans la proportion d'un tiers.

Dans le cadre classique de la société anonyme, le choix reste aussi impossible; qu'il s'agisse de conflits entre actionnaires ou entre organes sociaux, le caractère relatif et subjectif de l'intérêt social apparaît au grand jour. Il est exagéré de soumettre les actes de chaque organe, à peine de nullité, au respect de l'intérêt social qu'on a tant de mal à définir. Les tentatives faites jusqu'ici montrent surtout l'incertitude du problème (92), et l'on comprend la tendance doctrinale et jurisprudentielle qui essaie de se passer de cette notion, ou, au pire, de n'en faire qu'un critère secondaire d'appréciation (93).

227. — L'institution encourt des critiques encore plus sévères que le contrat sur le terrain des groupes de sociétés. Dans ce domaine, la rigidité de l'institution apparaît comme un sérieux handicap, comparée à la souplesse du contrat.

Dans un réflexe nationaliste, E. Gaillard avait montré comment la théorie institutionnelle pouvait remédier au « danger de mainmise » (94). Mais la tech-

(89) R. Contin, th. préc., n° 597, p. 410. Les données et critères de l'intervention judiciaire dans les entreprises en difficulté, *Rev. Jur. Com.* 1976, 296.

(90) V. R. Ithurbide, *Histoire critique des tribunaux de commerce;* Ripert et Roblot, t. I, n° 113. — Com. 21 janv. 1970, *J.C.P.* 1970, II, 16541, n. B. Oppetit, *Rev. Trim. Dr. Com.* 1970, p. 788, obs. R. Houin, *Rev. Soc.* 1970, 292, n. J.G.

(91) V. ainsi les observations de M. B. Bouloc, sous Cass. Com. 12 déc. 1972, *D.* 1973, 513. Sans parler de l'esprit d'indépendance des juges consulaires, v. Rép. Min. Just. à M. Cousté, *J.O.*, Déb. Ass. Nat., 12 févr. 1977, p. 673; *J.C.P.* 1977, C.I., 12422.

(92) V. G. Sousi, L'intérêt social, th. Lyon, 1972.

(93) Sur cette tendance v. J.-C. Bousquet, *D.* 1977, J, p. 4. Comp. J.-P. Berdah, *Fonctions et responsabilités des dirigeants de sociétés par actions,* B.D.C., t. 27, n° 186, p. 243.

(94) E. Gaillard, th. préc., n. 5, p. 134.

nique de la société anonyme contient en elle-même une dynamique de concentration (95), qui est, jusqu'à un certain point, profitable à l'économie. Il semble difficile de sortir du cadre déterminé de l'institution, à moins de renoncer à son autonomie, et de parler de groupe institutionnel et de sous-groupes...

Les virtualités de la sociétés anonyme vont bien au-delà du corset communautaire que prétend lui imposer l'institution.

Mais cette dernière peut rester attrayante pour l'entreprise, dont les contours correspondent plus étroitement à une réalité économique et humaine.

II. — Une problématique contestable.

228. — S'agissant de la société anonyme, la problématique de l'institution nous semble contestable à deux points de vue : elle sert en effet à masquer des diversités irréductibles et elle stérilise les tensions à l'intérieur de la société et de l'entreprise. Dans les deux cas, elle assure un confort intellectuel trompeur.

A. — Dissimulation des diversités.

229. — L'institution prétend servir de référence unitaire tant à la société anonyme qu'à l'entreprise; et même à leur réunion. Cet avantage n'est pourtant qu'apparent, car il n'est pas souhaitable d'appliquer des règles générales communes à toutes les créations juridiques qui relèvent de la société anonyme, et, qui plus est, de l'entreprise.

Pour s'en tenir à la société anonyme, on peut évidemment considérer, dans une visée unitaire, l'existence d'une structure commune. La société à directoire serait le type le plus achevé en ce qu'elle donne la meilleure répartition concevable des fonctions.

Mais cette communauté de structure ne doit pas être surestimée. En effet, l'application possible des principes apparemment uniques débouche sur des réalités fondamentalement dissemblables : c'est plutôt la dimension de la société qui est déterminante pour sa nature.

Il n'est pas impossible de voir dans cette constatation l'explication de la survie des thèses contractuelles : ce sont bien elles qui se rapprochent le plus de la réalité vécue dans les petites sociétés. Les actionnaires se connaissent, malgré le principe d'anonymat. Les dirigeants sont étroitement dépendants de l'assemblée, malgré le principe d'autonomie des fonctions : il s'agit d'un monde où l'analyse juridique, et les idées économiques qui la sous-tendent (96), sont demeurées ce qu'elles étaient autrefois. Les changements législatifs, apparemment si importants, n'ont pas véritablement affecté ces structures d'un autre âge, et les usagers concernés se désintéressent complètement de certaines discussions modernes, quand ils n'expriment pas à leur sujet des craintes irrationnelles.

230. — Certes, on dira que le droit a su prendre en compte ces phénomènes en calculant les exceptions (exemple : la procédure d'agrément) ou en multipliant les critères de dimensions (97).

(95) V. C. Champaud, *Le pouvoir de concentration dans la société par actions*, B.D.C., t. V.

(96) V. J.-M. Verdier, Le rapport Sudreau, *R.I.D.C.* 1976, 771, spé. p. 774.

(97) V. Ph. Nocquet, Le critère de la dimension dans les sociétés commerciales, th. Paris, 1967, dactyl.; Le critère de la dimension dans les sociétés commerciales, *Rev. Soc.* 1974, 643; F. de Sola Canizares, Le critère de la dimension dans les sociétés commerciales, *Rev Trim. Dr. Com.* 1950, p. 364.

Certains de ces critères semblent appelés à prendre encore de l'extension. Ainsi, la notion de société ouverte, qui existe déjà sous plusieurs formes (clauses d'agrément, inscription ou non des titres à la cote, appel public à l'épargne), et que le rapport Sudreau utilise abondamment (98).

Un auteur (99) a d'ailleurs proposé de réserver la formule avec directoire aux sociétés anonymes faisant publiquement appel à l'épargne; dans ces sociétés, l'absentéisme des actionnaires permettrait de réduire les pouvoirs de l'assemblée au profit de l'organe de gestion.

Il s'agit à n'en pas douter d'une suggestion intéressante, puisque la société à directoire convient mieux aux grandes unités qu'aux petites. Peut-être pourrait-on combiner plusieurs critères, par exemple ce critère de l'ouverture avec celui du montant du capital (très employé (100), et notamment pour cerner le domaine d'existence du directeur général unique de l'art. L. 119, al. 2).

C'est un critère étranger au droit des sociétés qui a été avancé pour la cosurveillance : son introduction dépendrait du nombre des salariés de la société. Jusqu'ici, seul le nombre des actionnaires était pris en considération pour fixer un minimum (art. L. 73 et 240). On voit ici, une fois de plus, apparaître un aspect de la fusion entre la société et l'entreprise.

231. — Mais la multiplication et l'extension des critères de dimension ne sont en définitive pas satisfaisants, car ils aboutissent à donner la forme de société anonyme à des entreprises qui en abusent. La polyvalence n'est pas souhaitable dans la mesure où elle permet ici une inégalité de traitement qui gangrène la technique juridique. Les avantages accordés correspondent à des charges différentes, toujours plus lourdes s'agissant des grandes sociétés. Il serait bon de tirer clairement la conséquence de cette situation.

Ce n'est pas l'analyse institutionnelle qui permettra de le faire. La nature de ses critères la rend imperméable à de telles considérations. Elle tranche le sort de la société anonyme au vu de règles qui ne jouent pas toujours de la même manière, tant diffère leur environnement juridique. Ce faisant, elle masque des différences de nature, qui affleurent au niveau juridique par l'intermédiaire des critères de dimension.

232. — Référence déformante si elle doit intégrer toutes les sociétés anonymes, l'institution masque *a fortiori* la diversité de situations qui sépare l'entreprise et la société anonyme quand le bon vouloir des dirigeants n'assure pas la coïncidence des deux entités. Car l'entreprise se définit par le cadre économique de son activité, alors que la société n'est limitée que par son objet statutaire. Ainsi, plusieurs entreprises peuvent dépendre de la même société alors que plusieurs sociétés peuvent recouvrir une unité d'entreprise.

Si l'on ajoute que bon nombre d'entreprises ne sont pas des sociétés, on comprend ce que la rencontre des deux notions peut avoir d'artificiel, ce qui ne peut conduire qu'à un dispositif inefficace ou exagérément autoritaire.

(98) Une application récente vient confirmer cette vue : la loi du 19 juil. 1976 (*J.C.P.* 1976, III, 44570) supprime à terme, pour les sociétés « non cotées », la possibilité de comporter des actions au porteur (sauf dépôt dans une banque, un établissement financier ou chez un agent de change). Cette mesure, destinée à permettre la taxation des plus-values, diminue considérablement l'anonymat recherché parfois par les actionnaires, v. J. RICHARD, Le droit fiscal face au droit des sociétés : l'article 8-11 de la loi n° 76-660 du 19 juillet 1976, *J.C.P.* 1976, C.I., 5756; R. HOUIN, obs. *Rev. Trim. Dr. Com.* 1976, 532; P. RONSSERAY, La fin de l'anonymat dans les sociétés anonymes non cotées à l'occasion du nouveau texte sur l'imposition des plus-values, *Gaz. Pal.* 25 nov. 1976.

(99) Ph. NOCQUET, art. préc., *Rev. Soc.* 1974, p. 681, n° 92.

(100) HÉMARD, TERRÉ et MABILAT, t. I, n° 583, p. 553.

A ces raisons géographiques s'ajoutent d'autres thèmes, encore plus fondamentaux.

B. — Stérilisation des tensions.

233. — La fusion institutionnelle ne pourrait logiquement se faire, nous l'avons vu, qu'à l'avantage de l'entreprise, qui « absorberait » la société anonyme. Mais cette fusion est un leurre, parce qu'elle repose sur des bases faussement égalitaires.

D'abord, l'organisation proposée ne serait pas paritaire : on commencerait donc par introduire l'unité institutionnelle par une mesure illogique avec son fondement.

Ensuite, argument beaucoup plus important, on n'éliminera pas par une telle technique les divergences fondamentale qui séparent les apporteurs de capitaux des salariés sur le plan des finalités de leur action. Les uns ont en vue la rentabilité de leurs fonds, la prospérité économique de la société n'étant qu'un moyen (parmi d'autres) pour l'assurer. Les autres désirent essentiellement la garantie d'un emploi stable et rémunérateur, sans accepter d'être liés par les fluctuations économiques.

Il semble bien que la finalité poursuivie par les salariés soit plus nettement institutionnelle que l'objectif essentiel des apporteurs de capitaux : elle intègre nécessairement la durée. Et cette divergence est particulièrement importante. Tant que se maintiendra la jurisprudence Brinon (101), la cosurveillance ne pourra être qu'un accessoire utilitaire des salariés, leur permettant de recueillir certaines informations (ce qui se fait déjà désormais), de montrer leur désaccord (ce qui est possible avec le vote seulement consultatif), ou d'exploiter une improbable rivalité interne entre les représentants des actionnaires.

Certes, on peut estimer qu'un pas dans cette direction est une conquête importante, conforme à l'idée, seule défendable, que l'institution n'est pas achevée, mais qu'elle se fait, progressivement, qu'elle indique le chemin.

Or, c'est de cela qu'on peut justement douter. Non seulement les deux finalités que nous venons de rappeler ne sont conciliables qu'au second degré, dans l'abstrait, moyennant des concessions réciproques difficiles et toujours à renouveler, mais encore elles ont pour substrat deux dynamismes profondément différents. Le capital semble plus indispensable que le travail salarié, qui n'est que rarement un sujet d'exploitation, et beaucoup plus souvent un objet d'exploitation. Seul un dépassement créatif peut permettre au travail de renverser la subordination dont il est l'objet, non seulement dans nos structures juridiques, mais aussi dans nos structures mentale.

Et c'est là qu'apparaît le plus clairement le caractère insuffisant de l'institution telle que notre droit pourrait la connaître. Car il est extrêmement délicat, voire tout à fait impossible, de « participer » tout en étant salarié. Question d'état d'esprit, dira-t-on. Question aussi de structure juridique. Le dirigeant de société anonyme qui a un contrat de travail (hypothèse acceptée par la loi) n'a comme patron que l'être moral dont il dégage lui-même la volonté. Pour celui-là, le dépassement n'est pas nécessaire, car la subordination n'existe pas réellement (102). Mais le salarié qui participe au conseil de surveillance n'est abso-

(101) Cass. Civ. 31 mai 1956, *D.* 1958, 21, n. G. Levasseur, V. Ripert et Roblot, t. I, n° 370, p. 215.

(102) Rappr. G. Lyon-Caen, Quand cesse-t-on d'être salarié ? (Le salarié-employeur), *D.* 1977, Chron. 111.

lument pas dans la même position. Le dynamisme propre de la structure à laquelle il appartient le rejette dans la revendication ou la complicité, douloureuse ou fructueuse.

234. — En définitive, le « dépassement du salariat », généreusement souhaité par René Capitant et ses amis, semble pratiquement impossible selon cette procédure législative, fût-elle à étapes. Il repose en effet sur trop d'équivoques, dont la moindre n'est pas l'octroi par une autorité extérieure aux intéressés. Faisons cette justice au comité Sudreau d'avoir clairement perçu cette difficulté. M. J.-M. Verdier écrit fort justement à ce sujet : « La réforme, si réforme il doit y avoir, doit être autant que possible acceptée, donc réunir au moins un minimum de consensus : on pourrait presque dire qu'elle doit être adoptée avant d'être proposée. » (103).

Il faut sans doute voir là une des causes principales de désaffection pour la société à directoire modèle 1966, dans la mesure où dès cette époque, René Capitant avait annoncé qu'elle préparait la réforme de l'entreprise.

Mais on peut aussi estimer que ce type de réforme reste en réserve pour le cas où la pression des salariés deviendrait par trop menaçante. Dans cette optique, l'institution fait figure de justification aussi idéologique que juridique, son côté unanimiste servant à canaliser la fatale expansion des revendications des salariés. Or cet aspect idéaliste de l'institution ne peut servir que les intérêts les plus puissants, ceux dont le dynamisme propre les rend dominateurs.

C'est bien dans cette direction que la doctrine moderne du droit du travail a concentré ses critiques (104). Il manque à l'entreprise « l'élément moral (105) indispensable à toute véritable communauté : une solidarité ressentie et acceptée entre le personnel et les dirigeants ». Il n'existe aucun « esprit » ou « conscience » d'entreprise. Le « parachutage » de l'institution ne saurait par lui-même venir à bout de cette carence.

De plus, la théorie institutionnelle, par sa rigidité, présente des aspects fondamentalement conservateurs qui ne conviennent absolument pas à la structure dynamique que doit être l'entreprise (et aussi la société) (106). Ce n'est pas un hasard si la litière de la paix sociale qu'elle veut apporter s'établit sur le pouvoir hiérarchique dans l'entreprise, sur la subordination, sur la permanence des structures de commandement. Loin d'être un progrès, l'institution marque un recul, une sclérose des rapports sociaux dont il est essentiel d'entretenir la mobilité, de laisser vivre le dynamisme.

235. — En définitive, la théorie de l'institution reste illusoire pour l'entreprise en droit du travail. Elle justifie trop à la fois, et c'est peut-être cette capacité qui lui permet de conserver quelques considérations.

Mais ses défauts s'amplifient encore lorsqu'il s'agit pour elle de fonder la cosurveillance. La démarche théorique est possible, mais elle aboutit à creuser le plus profond des fossés entre le droit et la pratique. Au vrai, on peut expliquer

(103) J.-M. Verdier, art. préc., R.I.D.C. 1976, p. 774.

(104) G.-H. Camerlynck et G. Lyon-Caen, Droit du travail, *Précis Dalloz*, 7e éd., n° 314; G.-H. Camerlynck, *Traité de droit du travail. Le contrat de travail.* G. Lyon-Caen, Défense et illustration du contrat de travail, *A.P.D.* 1968, p. 59, spé. p. 66 et 67 : « Le contrat de travail est un vieillard qui a la vie dure. » Rappr. F. Terré, art. préc., n. 13, p. 71, qui élargit la même analyse à beaucoup d'autres contrats, notamment celui de société; Rivero et J. Savatier, *Droit du travail*, Thémis, 6e éd., p. 156 (plus nuancés).

(105) Rappr. la critique de D. Schmidt contre la théorie de l'institution en matière de société anonyme, celle-ci n'ayant pas de « fin morale », th. préc., p. 53, n° 77.

(106) J.-C. Javillier (Droit du Travail, L.O.D.J. 1978, p. 196 et 197) en vient à se demander s'il n'est pas « souhaitable d'éliminer toute " théorie " de l'entreprise ».

cette divergence en observant qu'on prend des exceptions (les pouvoirs des salariés) pour le principe : l'absence d'idée commune est la conséquence normale des structures juridiques élaborées jusqu'ici.

Dans ces conditions peut-on cantonner la théorie institutionnelle à l'explication de la société anonyme *stricto sensu ?* Nous avons montré les inconvénients d'une telle position, et nous sommes amenés à conclure que même dans les grandes sociétés anonymes (si tant est qu'on puisse les définir), l'institution n'est intéressante qu'en ce qu'elle met l'accent sur les données objectives du droit.

Ce mérite n'est pas vain, car l'importance du jeu organique a crû avec la société à directoire.

Toutefois, l'institution demeure une source d'équivoque, dans la mesure où elle prétend fonder tout le droit positif de la société anonyme. Il est permis de se demander s'il existe aujourd'hui une notion douée d'une telle vertu.

§ 2. — Dépassement de la théorie institutionnelle.

236. — Va-t-on « dépasser » l'institution en la remplaçant par une autre notion générale ?

Beaucoup d'auteurs qui avaient perçu les faiblesses de la théorie d'Hauriou appliquée au droit privé ont cru devoir revenir au contrat.

Cela ne peut avoir à nos yeux une grande utilité à propos des sociétés anonymes à directoire. D'abord, il s'agit d'une conception que l'institution a précisément servi à dépasser. Ensuite, les insuffisances du contrat grandissent avec le temps qui accumule l'organisation impérative de la société anonyme.

Mais il n'est pas inutile de retenir que le contrat sert correctement à expliquer certaines des manifestations particulières de la société anonyme (107), de même que l'acte juridique collectif (108).

237. — Cela dit, le réflexe juridique qui consiste à rechercher une référence unitaire semble devenu non seulement impossible, à cause de la diversité de situations, mais aussi, peut-être, inutile : ne se confond-il pas avec cette recherche d'unanimité factice vers laquelle nous entraîne l'institution ?

Cela n'est pas certain. On peut chercher à recourir à un concept plus technique, plus souple, suffisamment pluraliste pour cadrer une structure qui contient un si grand nombre de virtualités.

C'est ainsi que le doyen Ripert avait dégagé l'idée de « mécanisme juridique », de « machine juridique » (109) : elle traduit bien la polyvalence, le caractère artificiel et l'absence de considération pour le caractère humain du groupement qui semblent typer la société anonyme.

Enfin, l'idée de mécanisme légal a l'avantage de rapprocher la société anonyme d'autres techniques juridiques du droit commercial (110). Mais elle a

(107) Comme le lien avec les dirigeants, v. 2e partie. Pour M. J.-P. Sortais, qui dresse un très intéressant bilan de la discussion Contrat-Institution (*Encycl. Dalloz Sociétés*, v° *Société anonyme*, n°s 96 à 109), le contrat peut encore expliquer la constitution de la société, et l'institution, son fonctionnement (n° 108).

(108) Comme les décisions collégiales, très nombreuses dans la société à directoire.

(109) Ripert, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, p. 127 et s.; Ripert et Roblot, t. I, n° 1028.

(110) Ripert et Roblot, t. II, n°s 1727 à 1733.

l'inconvénient de n'être pas par elle-même productive de conséquences juridiques. De plus, elle semble postuler la quasi-neutralité des éléments utilisés. Or, il est loin d'en être ainsi.

238. — Les autres dépassements de la théorie institutionnelle ont tous abouti à des résultats particularistes (111). A propos de la société anonyme, nous avons eu l'occasion de discuter la conception qui voit en elle une technique juridique d'organisation de l'entreprise (112). Cette conception reprend à l'institution l'un de ses défauts majeurs, qui est d'assujettir les actes des organes sociaux à l'intérêt de l'ensemble, abstraitement dégagé. En outre, elle correspond plus à une prospective qu'à une réalité présente des rapports de droit entre l'entreprise et la société.

Mais elle s'insère dans un courant de pensée très riche et stimulant dont certaines directions permettent de lancer une autre hypothèse.

On peut en effet se demander, en s'écartant des concepts juridiques classiques, quel apport pourrait fournir la notion de système. L'hypothèse est très vaste, et notre démarche ne peut se limiter ici qu'à discerner quelques pistes.

La notion de système est en effet une notion assez délicate à manier. Elle a jusqu'ici été utilisée essentiellement dans l'analyse politique ou économique (113), et l'on a pu parler pour les années récentes d'une « mode systémique » dans ces domaines. Notre désir n'est pas, l'on s'en doute, d'étendre cette « mode » au droit des sociétés, mais simplement de profiter du « renouvellement partiel » qu'elle permet (114). L'intérêt essentiel de cette notion est d'apporter une vue dynamique, de « mesurer les changements au niveau du fonctionnement global, par la stabilité ou la variation des relations réciproques des éléments variables composants » (115). Car on peut définir le système comme la réunion de composantes individualisables qui ont des rapports dynamiques entre elles et avec le tout. Il s'agit d'une notion très ouverte, puisque chaque composante peut elle-même être analysée en terme de système.

Une telle plasticité, une telle mobilité semble *a priori* mieux convenir aux ensembles politiques et économiques, qu'à une construction juridique particulière comme la société anonyme à directoire. Et de fait, l'emploi actuel (116) de la notion de système au niveau qui nous occupe, qui n'est pas macro-juridique (117),

(111) V. par exemple, à propos de l'entreprise, M. DESPAX, th. préc.

(112) V. J. PAILLUSSEAU, th. préc.

(113) V. A. GARRIGOU-LAGRANGE, *Systèmes et structures*, Précis Dalloz d'économie; D. G. LAVROFF, *Le système politique français*, Précis Dalloz de droit public; J.-L. SEURIN, Droit constitutionnel, cours polycopié, Bordeaux, 1977; J. W. LAPIERRE, *L'analyse des systèmes politiques*, P.U.F., coll. sup., 1973; G. LAVAU, A la recherche d'un cadre théorique pour l'étude du parti communiste français, *Rev. Fr. Sc. Pol.*, vol. XVIII, n° 3; J.-P. COT et J.-P. MOUNIER, *Pour une sociologie politique*, t. I, 1974; P. BIRNBAUM et F. CHAZEL, *Théorie sociologique*, Thémis, 1975, p. 359 et s.; A. BRIMO, *Les méthodes des sciences sociales*, Précis Domat, 1972; L. von BERTALANFFY, *Théorie générale des systèmes*, Dunod, 1973; J. de ROSNAY, *Le macroscope*, Le Seuil, 1975; J. LESOURNE, *Les systèmes du destin*, Dalloz, 1976; M. CROZIER et E. FRIEDBERG, *L'acteur et le système*, Le Seuil, 1977; sur les initiateurs américains de la théorie, il faut citer au moins T. PARSONS, *The social system*, et D. EASTON, *Analyse du système politique*, trad. P. Rocheron, Armand Colin, 1974.

(114) V. D. G. LAVROFF, préc. p. 17, n° 9.

(115) D. G. LAVROFF, préc. p. 12, n° 11.

(116) *Dynamique de l'auto-réforme de l'entreprise*, ouvrage collectif, Masson 1976. La théorie des systèmes, *Revue France Forum*, nov. 1976; L'entreprise, structures et pouvoirs, *Cahiers Français*, n° 180, avril 1977.

(117) Cf. autres acceptions comparatistes (R. DAVID, *Les grands systèmes de droit contemporains*) ou sociologiques (J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, 1572, p. 141). V. aussi J. RIVERO, Apologie pour les « faiseurs de systèmes », *D.* 1951, Chron. 99.

concerne toujours l'entreprise au sens économique, même si on y intègre comme composante « les institutions », c'est-à-dire l'élément juridique.

Dans la logique de la théorie, on peut cependant analyser la composante juridique comme étant elle-même un système. Cela suppose qu'il puisse exister des systèmes « micro-juridiques » particuliers qu'on peut différencier des systèmes non juridiques (118).

Le système micro-juridique peut être caractérisé par ses sources, sa forme et sa fonction. Le traitement classique des sources peut suffire dans une première approche, mais il est intéressant d'expliquer la forme et la fonction pour singulariser une société commerciale.

En effet, dans la forme, s'insère la structuration. A cet égard apparaît l'attrait principal de la notion de système vis-à-vis de la société à directoire : l'analyse permet d'établir les changements réels par rapport à la société de type ancien et les capacités dynamiques de l'organisation nouvelle. La structuration est considérée comme un élément actif, flexible, qui dépend du reste du système, de sa fonction et des mouvances qu'il subit de l'extérieur. Le système se détermine non seulement par sa structure interne, mais par la capacité d'accueil et de production de cette structure, par ses « entrées » et ses « sorties ».

En outre, la notion de système permet, s'agissant de sa fonction, d'appréhender en plus de l'ensemble abstrait (mais non figé parce que riche de tant de virtualités) de la réglementation, un autre ensemble qui est l'application de cette réglementation. Elle introduit ainsi à une « praxéologie » (119) dont la société à directoire n'est pas la seule à démontrer l'intense nécessité.

239. — Mais ces attraits ne doivent pas abuser. L'approche systémique est trop complexe pour être utilisée sans précautions. La contemplation de l'ensemble formé par une société anonyme risque en effet de pousser à une application mécanique, utilisant les classifications anciennes avec des noms de baptême nouveaux. Pour n'être pas purement verbal, le renouvellement doit dans un premier temps se borner à constituer une exigence particulière, celle d'avoir l'optique la plus globale et la plus dynamique possible. C'est à ce niveau que nous avons voulu présenter les éléments qui constituent la société à directoire.

Certes, on peut dès maintenant se figurer des images plus précises. Les composantes de la société à directoire semblent faciles à individualiser : apporteurs de capitaux, créanciers, gestionnaires. D'autres peuvent s'y joindre plus clairement : les salariés, les consommateurs, l'Etat.

La société à directoire donne à ces composantes une disposition originale par rapport aux autres sociétés commerciales : elle affirme la primauté d'une clé de structuration particulière, qui correspond fondamentalement à la fonction de la société : celle-ci doit avoir une activité qui sert les intérêts des composantes; l'activité est attribuée en propre à l'organe de gestion, les intérêts font l'objet de contrôles diligentés par divers organes représentant les composantes dont les droits sont reconnus.

On voit qu'une telle analyse peut fonder la participation juridique de tous les éléments qui sont véritablement des composantes, c'est-à-dire qui ne portent pas atteinte à l'homogénéité du système juridique.

Cette homogénéité n'est pas nécessairement définie comme un « lien communautaire », elle ne procède pas nécessairement d'une « idée ». Elle est

(118) Ce qui implique une renonciation au « panjurisme », peut-être moins douloureuse en droit commercial.

(119) V. J. MELESE, La *gestion par les systèmes. Essai de praxéologie*, Ed. Hommes et techniques, 1968; aj. A. HOLLEAUX, Des réformes en l'air, *Le Monde*, 10-11 avril 1977.

avant tout la reconnaissance juridique d'un fait économique, lorsque le législateur a cru bon d'investir une valeur juridique dans une réalité existante. Si la réalité n'existe pas, la valeur juridique ne suffira peut-être pas à la créer...

Ce dernier aspect permet de distinguer le système juridique de la science de l'organisation : au lieu d'être le procédé le plus rationnel d'exploitation économique, le système juridique correspond à une série de représentations de valeurs, projetées dans le temps pour et par un monde socio-économique en fonctionnement.

Qu'on nous pardonne ce langage et cette réflexion, bien imparfaits et sans doute moins précis que l'analyse juridique traditionnelle. Ils témoignent du nécessaire éclatement des méthodes et des objectifs qu'a souligné M. C. Champaud dans sa stimulante contribution à l'étude du droit économique (120). La vision globalisante que propose cet auteur nous semble très proche d'une analyse en termes de système. Son influence se fait sentir chez des auteurs proches, tel M. R. Contin, lorsqu'il oriente sa recherche vers la protection des intérêts catégoriels dans la société anonyme (121).

240. — De très nombreuses difficultés restent sur cette voie. La première de toutes réside dans le fait que le droit lui-même est créé de façon hétérogène, que les éléments d'un système précédent demeurent à l'état de vestiges, parfois très encombrants, dans le système nouveau. Des conflits doctrinaux dans l'appréciation du changement ne peuvent alors manquer de se produire. Mais c'est là encore une manière dynamique de faire avancer le droit.

La seconde difficulté repose sur la crainte d'une déformation du système dans le sens de la rigidité. Une vision excessivement organiciste peut y contribuer, mais aussi le simple tour d'esprit qui porte à considérer une notion juridique de référence comme une donnée immuable.

Tout au contraire, il faut considérer que le système évolue constamment, même s'il n'est que juridique : le droit peut ouvrir par lui-même à la multitude des possibles. Au lieu de penser que le droit limite l'action, tout nous pousse à croire qu'il en décuple les possibilités. Encore faut-il le vivre sur un mode où la stabilité ne soit pas l'élément dominant. Vaste problème. Pour ne citer qu'un (petit) exemple, la prise en compte des salariés dans le pouvoir économique n'est pas nécessairement organique; et si elle est organique, elle ne passe pas nécessairement par le conseil de surveillance. Une gestion, des contrôles. Mais le choix de la cosurveillance peut parfaitement correspondre à la meilleure homogénéité du système.

Pour le savoir, il faut sans doute avoir une vue exacte du système socio-économique qui sous-tend le système juridique, il faut savoir comment circule l'information et se distribue le pouvoir. Mais le système juridique lui-même influe et parfois détermine ces données. L'insaisissabilité de ce va-et-vient met bien en évidence le pari juridique, auquel on ne peut croire lorsque l'on pense que le législateur décide de tout.

L'analyse du système juridique indique d'ailleurs que les solutions législatives globales ne sont pas les seules, ni les meilleures. Certes des solutions plus incitatives qu'impératives peuvent être proposées par la loi. Ici, elle peut reconnaître l'existence juridique de certaines composantes pour les amener à négocier, à créer elles-mêmes le droit nécessaire.

Cette tendance est assez souvent recommandée à l'heure présente dans

(120) Cl. Champaud, Contribution à l'étude du droit économique, *D.* 1967, Chron. 215.
(121) R. Contin, *Le contrôle de la gestion de la société anonyme.*

certains milieux patronaux (122). Mais elle ne constitue pas non plus une panacée. Car la négociation dépend d'un rapport de forces que le droit a aussi vocation d'équilibrer.

Le risque est grand, dans la recherche d'un équilibre entre l'incitation et la protection, d'entraver le dynamisme propre du système. Cette précieuse qualité est menacée à bien des égards, et pas seulement par des dispositions impératives, puisque celles-ci peuvent au contraire, dans certains cas, la garantir.

Le dynamisme du système est plutôt menacé par les détournements qui peuvent affecter ses composantes ou son image tout entière. Ainsi, les phénomènes de domination qui effacent la répartition des fonctions produisent des blocages qui ôtent parfois au système juridique toute sa valeur.

De plus, les éléments extérieurs à la société peuvent peser sur elle d'un tel poids qu'ils en modifient l'équilibre interne. Enfin, la situation individuelle des participants peut être considérée aux dépens de l'ensemble.

C'est ainsi que la construction de la société anonyme à directoire a dépendu, peut-être trop, de la situation accordée aux membres du directoire et aux membres du conseil de surveillance. Au lieu d'être l'effet d'une conception organique, cet élément est souvent apparu comme la cause.

Il importe maintenant d'établir en quoi l'interdépendance nécessaire entre la situation globale et les situations personnelles peut affecter les dynamismes de la société anonyme à directoire, en étudiant cette dernière sous l'angle individuel des hommes qui l'utilisent et qui sont utilisés par elle.

(122) V. *Dynamique de l'auto-réforme de l'entreprise*, préc.

DEUXIEME PARTIE

LES HOMMES

241. — Les hommes sont nécessaires pour faire naître et vivre la structure de la société anonyme; mais ils ne sont pas en eux-mêmes la finalité du système. Celle-ci consiste essentiellement à faire des bénéfices (art. 1832 C. Civ.), et le caractère humain du groupement n'est donc que secondaire, même s'il sourd constamment derrière les techniques fonctionnelles.

Dans la société anonyme, ce caractère est perçu essentiellement sous l'aspect de situations juridiques individuelles ou catégorielles. Pour cette raison, il y a du lieu de ces différents membres apec la société *in globo,* une nature juride ceux qui participent à la structure. Les commissaires aux comptes doivent seulement faire face à des incompatibilités différentes, de même que les salariés; quant aux actionnaires, leur sort est identique dans chaque société, excepté leur possibilité d'être ou de devenir membre du directoire ou membre du conseil de surveillance dans le type nouveau.

Les situations nouvelles sont bien évidemment celles des membres du directoire et des membres du conseil de surveillance.

Leur dénomination elle-même est insolite. On aurait pu l'abréger en parlant par exemple de dirigeants et surveillants, de directeurs et contrôleurs, de gérants (voire gestionnaires ou même exécutifs !) et conseillers. Sans doute ces vocables se prêtent-ils à certaines confusions, mais la pratique aurait vite fait de les individualiser. On a préféré s'en tenir à des expressions complexes de trois et cinq mots. Est-ce un hasard ?

On peut se demander si le législateur n'a pas voulu montrer par là que l'essentiel résidait dans l'insertion au sein d'un organe : les membres appartiennent aux organes, et non le contraire; cette simple vérité n'est pas sans conséquence dans la structuration de la société anonyme à directoire.

Elle explique, en tout cas, que l'on retrouve au niveau des membres, la distinction fondamentale entre direction et contrôle, qui peut être utilisée pour comparer, de facon dynamique, le régime des membres des deux organes. Chaque détail de ce régime renforce ou atténue le mode essentiel de répartition des fonctions en tendant à affirmer son originalité, ou, au contraire, à le rapprocher de celui qui commande à la société anonyme classique.

242. — Outre une méthode d'approche particulière, l'originalité de la séparation des pouvoirs entraîne une difficulté lexicale supplémentaire, pour nous très signifiante. On ne peut en effet désigner par le terme unitaire de « dirigeants sociaux » les membres de chacun des deux organes.

Ne peut-on pas cependant découvrir, sur un terrain plus fondamental, celui du lien de ces différents membres avec la société *in globo,* une nature juridique commune ?

La question est très délicate. S'il est certainement utile d'y répondre, cela n'est peut-être pas absolument indispensable puisque le régime juridique individuel des membres du directoire et des membres du conseil de surveillance est largement déterminé par les textes : la société anonyme à directoire apparaît

dans un droit positif qui depuis assez longtemps réglemente le détail des problèmes individuels posés par les administrateurs et leur président. Le législateur a repris ou adapté ces solutions, de façon distributive mais non homothétique, s'agissant des membres du directoire et des membres du conseil de surveillance.

L'inspiration hétérogène du législateur, même avec la « codification » de 1966 semble bien condamner la recherche *ab initio* de la nature juridique des fonctions. Certes, celle-ci dépend étroitement de la nature juridique de la société elle-même. Mais elle ne dépend pas que de cela, et les incertitudes actuelles commandent de toute façon de confronter petit à petit les enseignements du système organique avec les mesures individuelles.

Celles-ci s'articulent autour d'un pivot qui est l'accès aux fonctions. Moment capital qui détermine l'appartenance au système, l'entrée dans l'organe concerné. Les conditions de cette entrée et ses conséquences forment la trame du régime individuel des membres du directoire et de celui des membres du conseil de surveillance. Il faut en avoir une vue globale pour bien définir la nature juridique des fonctions, même si celle-ci entraîne des effets de retour sur les règles ponctuelles qui contribuent à la construire.

Première sous-partie : *L'accès aux fonction;*

Deuxième sous-partie : *La situation juridique des membres du directoire et des membres du conseil de surveillance.*

PREMIERE SOUS-PARTIE

L'ACCÈS AUX FONCTIONS

243. — Pour accéder au directoire ou pour accéder au conseil de surveillance, il faut, d'une part, remplir certaines conditions posées par les textes et le pacte social, et, d'autre part, être régulièrement nommé.

On peut donc distinguer deux points de vue, l'un, virtuel, l'aptitude aux fonctions, l'autre, actuel, l'entrée en fonctions.

Titre premier : L'aptitude aux fonctions;

Titre deuxième : L'entrée en fonctions.

TITRE PREMIER

L'APTITUDE AUX FONCTIONS

244. — Les fonctions de gestion et de contrôle d'une société anonyme requièrent *a priori* une connaissance profonde des problèmes socio-économiques et juridiques. On pourrait s'attendre à trouver un barrage sévère, fondé sur l'exigence d'une compétence dûment établie, sur le chemin de ceux qui vont occuper les postes de responsabilités dans les plus grandes entreprises.

Curieusement, il n'en est rien (1). L'esprit libéral du législateur a jusqu'ici répugné à l'instauration d'un « permis de diriger », voire de contrôler, malgré les appels d'une pensée économique qui a su mériter une certaine considération.

Il existe certes une sélection à l'entrée des directoires et conseils de surveillance. Mais, au lieu d'être fondée sur la compétence, elle s'appuie essentiellement sur la disponibilité, tant intellectuelle que matérielle, et l'honnêteté des candidats. La valeur des autodidactes continue d'être reconnue dans ce dur combat qu'est la vie économique dans un régime de concurrence, et l'on ne saurait s'en plaindre si la distribution du pouvoir au sein de la société anonyme ne permettait de récompenser que le seul mérite.

Malheureusement, il n'en est rien. La détention d'une simple partie, même menue, du capital social suffit parfois à ouvrir l'accès aux instances les plus décisives, et à s'y maintenir, éventuellement jusqu'à la ruine de la société.

Reconnaissons toutefois qu'aucun diplôme, si réputé soit-il, ne peut garantir avec une complète certitude, l'aptitude de ses titulaires à bien gérer ou à bien contrôler, et que l'examen passé « sur le tas » a engendré de belles réussites.

Il n'en reste pas moins que l'incompétence pourrait être plus tôt dépistée, car on ne naît pas membre du directoire ou membre du conseil de surveillance. De plus, on laissera une place au fameux principe de Peters...

245. — Cela dit, la sélection instaurée par les textes a des effets indirects sur la compétence des dirigeants. Or, les aptitudes exigées pour accéder aux fonctions doivent continuer d'exister durant l'exercice desdites fonctions. Entre les deux situations (avant et pendant les fonctions) seules les sanctions diffèrent : le non-respect des conditions d'accès entraîne la nullité de la nomination (s'il s'agit d'une règle propre au droit des sociétés), mais c'est la démission d'office qui survient si une telle violation est perpétrée en cours de fonctions.

Cependant, ces sanctions de principe connaissent des exceptions de portée variable, car la loi du 24 juillet 1966 n'indique pas toujours à l'occasion de chaque règle la sanction applicable. Il faut alors se demander si le texte est impératif, ce qui entraîne la nullité (art. L. 360, al. 2). Mais, même dans ce cas, on doit encore établir les conséquences de la nullité de la nomination sur

(1) Ripert et Roblot, t. I, n° 1266.

les délibérations de l'organe irrégulièrement composé et sur les rémunérations du membre placé en situation anormale. La loi ne précise par toujours ces points, dont l'importance relative dissuade d'appliquer trop automatiquement des sanction sévères.

Lorsque le texte n'est pas impératif, les règles de la responsabilité viennent relayer la nullité ou la démission d'office : mais cette sanction est souvent théorique, car si la faute est caractérisée facilement, il n'en va pas de même du préjudice.

Les dispositions du décret d'application du 23 mars 1967 sont sanctionnées comme des textes supplétifs, lorsqu'elles n'édictent pas elles-mêmes de nullité. En effet, même si elles ont une tournure impérative, elles ne peuvent bénéficier du renvoi général à l'article L. 360, al. 2 (2), sauf à considérer qu'elles ne sont que le prolongement direct d'une disposition impérative de la loi du 24 juillet 1966.

Cette méthode de solution a l'avantage de la souplesse et l'inconvénient de la complexité, ce qui fait d'elle une source possible de litigation. Mais elle oblige à examiner règle par règle le régime des sanctions applicables.

Il existe bien d'autres aspects du caractère hétérogène des conditions d'aptitude. Elles ont été élaborées au fil des ans, par strates successives, suivant le « profil » momentanément idéal. Disons, d'un point de vue global, qu'elles assurent une sélection qui écarte certains indésirables, favorise les spécialistes disponibles et respecte les statuts professionnels.

Pour atteindre ces objectifs, le législateur a pris en considération la personnalité des candidats et des membres en place, ainsi que les autres fonctions qu'ils exercent dans la société ou en dehors.

Il en découle toute une série de dispositions limitatives à l'intérieur desquelles la liberté de choix est encore très vaste : l'éventail des candidats possibles aux fonctions de gestion ou de contrôle est ouvert beaucoup plus largement que dans nombre d'autres situations professionnelles.

Chapitre premier : Aptitudes personnelles;

Chapitre deuxième : Aptitudes fonctionnelles.

(2) « La nullité d'actes ou de délibérations autres que ceux prévus à l'alinéa précédent (les statuts ou leurs modifications) ne peut résulter que de la violation d'une disposition impérative de la présente loi ou de celles qui régissent les contrats. » V. MERCADAL et JANIN, n° 3750; B. OPPETIT, *Rev. Soc.* 1974, 707 (note sous T.G.I. Paris 1re Ch., 13 mars 1974 et T. Com. Paris 1er août 1974).

CHAPITRE PREMIER

APTITUDES PERSONNELLES

246. — La loi exige des membres du directoire et des membres du conseil de surveillance qu'ils aient une volonté intellectuellement valable et moralement saine.

Section 1 : Aptitudes intellectuelles;

Section 2 : Aptitudes morales.

Section 1. — **Aptitudes intellectuelles.**

247. — Qu'il s'agisse d'une méfiance ou d'un souci de protéger les personnes concernées, voire de ces deux objectifs ensemble, les conditions d'aptitude intellectuelle visent à ce que le rôle de membre du directoire ou de membre du conseil de surveillance soit complètement et correctement assumé par les personnes choisies. Dès lors, il convient d'écarter ceux qui n'ont pas la capacité juridique suffisante. Une loi encore récente enjoint également de se passer des services des membres qui ont dépassé les limites d'âge fixées par la loi ou les statuts. Enfin, un dispositif particulier est mis en place s'agissant des personnes morales, notamment pour connaître leur volonté et assurer leur responsabilité.

§ 1 : Incapacité;

§ 2 : Limites d'âge;

§ 3 : Personnes morales.

§ 1. — **Incapacité.**

248. — Les membres du directoire et ceux du conseil de surveillance n'agissent pas en leur nom propre : ils ne sont donc pas commerçants et n'ont pas besoin d'avoir la capacité commerciale (3).

Toutefois, il est logique d'exiger d'eux une capacité civile, puisqu'ils sont personnellement responsables de leurs fautes de gestion et que la société n'a pas de volonté sans leur concours (4).

(3) RIPERT et ROBLOT, t. I, n° 1271.
(4) *Ibid.*

On peut en inférer, bien évidemment, qu'une femme mariée peut être nommée au directoire ou au conseil de surveillanc, et même s'y trouver avec son mari. Malgré les articles 99 et 101 de la loi du 13 juillet 1967, les membres des deux organes ne sont pas pleinement et solidairement responsables des dettes sociales comme le seraient des associés en nom (5).

Les solutions sont peut-être moins claires pour le mineur non émancipé (I) et les majeurs incapables (II).

I. — Le mineur non émancipé.

249. — Le mineur non émancipé est incapable, d'après l'article 1124-1° du Code Civil. Il ne peut se passer de représentation que pour certains actes (6). Il peut aussi être mandataire suivant l'article 1990 du Code Civil. Mais ce texte spécifie aussi que « le mandant n'aura d'action contre le mineur que d'après les règles générales relatives aux obligations des mineurs ». Cette restriction et par là, celles des articles 1310 (« le mineur n'est point restituable contre les obligations résultant de son délit ou de son quasi-délit ») et 1312 (le mineur n'est tenu que dans la mesure de son enrichissement), ont pour effet de diminuer considérablement la responsabilité du mineur, qui ne pourra faire face aux obligations des articles L. 242 et suivants de la loi du 24 juillet 1966 (7).

De plus, la question de savoir si les membres du directoire sont des mandataires est discutée. La disposition de l'article 1990 du Code Civil obéit à une conception du mandat où seule compte la volonté du mandant et qui ne semble pas toujours convenir aux fonctions d'un membre du directoire.

La solution est moins évidente pour le conseil de surveillance, dont les membres sont qualifiés de mandataires par la loi (art. L. 130, 136 et 250) et ne sont pas directement responsables des fautes de gestion (art. L. 250). Mais le conseil peut avoir des fonctions d'autorisation dont l'exercice alourdit la responsabilité de ses membres pour « fautes commises dans l'exécution de leur mandat »; et, de toute façon, les défaillances du contrôle peuvent dans certains cas être sévèrement sanctionnées.

Même en l'absence d'une interdiction formelle, il semble donc dangereux de nommer des mineurs au directoire ou au conseil de surveillance. Les cas où cette occasion peut se présenter se sont d'ailleurs sensiblement réduits depuis la loi n° 74-631 du 5 juillet 1974, qui a fixé l'âge de la majorité à dix-huit ans (art. 338 C. Civ.). De plus, si le mineur est émancipé (art. 476 et 477 C. Civ.), il peut parfaitement accéder aux organes de gestion et de contrôle de la société anonyme, car les membres de ces organes ne sont pas commerçants (8).

(5) La loi du 13 juillet 1967 fait d'ailleurs clairement la distinction entre les associés indéfiniment responsables (art. 97) et les dirigeants sociaux (art. 101); v. G. Bord, *Règlement judiciaire et liquidation des biens*, n° 433, p. 217. Aj. F. Derrida, *La réforme du règlement judiciaire et de la faillite*, p. 244, n° 217; J. Beguin, *Les procédures spéciales aux affaires*, n° 226, p. 335; Hémard, Terré et Mabilat, t. I, n° 1061, p. 936.

(6) Art. 389-3 et 450 C. Civ. V. J. Stoufflet, L'activité juridique du mineur non émancipé, *Mél. P. Voirin*, p. 782.

(7) Mercadal et Janin, n° 435-1°; Rép. Min. Just. à M. Valbrun, *J.O.*, Déb. Ass. Nat., 20 déc. 1977, p. 9127; *J.C.P.* 1978, C.I., 12685.

(8) Car le mineur émancipé ne peut plus être commerçant (art. 487 C. Civ., 2 C. Com.), l'autorisation de faire le commerce ayant été supprimée. (Cela ne change rien en fait pour les personnes âgées de moins de 18 ans).

II. — Les majeurs incapables.

250. — Les majeurs incapables font l'objet, depuis la loi n° 68-5 du 3 janvier 1968, de trois régimes de protection « lorsque les facultés mentales sont altérées par une maladie, une infirmité, ou un affaiblissement dû à l'âge » (art. 490 C. Civ.). Les majeurs peuvent être placés sous la sauvegarde de la Justice (art. 491 à 491-6 C. Civ.), en tutelle (art. 492 à 507) ou en curatelle (art. 508 à 514 C. Civ.).

« Le majeur placé sous la sauvegarde de la Justice conserve l'exercice de ses droits » (art. 491-2, al. 1er), mais cette capacité n'offre pas toutes les garanties : les actes du majeur seront annulés si le demandeur en nullité prouve l'existence d'un trouble mental au moment de l'acte (art. 489, al. 1er). Ces actes pourront aussi être « rescindés pour simple lésion » ou « réduits en cas d'excès » (art. 491-2, al. 2). Malgré ces restrictions, on devrait admettre la nomination d'un majeur placé sous la sauvegarde de la Justice au directoire ou au conseil de surveillance. La jurisprudence semble pencher vers cette solution : un arrêt de la Cour d'Appel de Lyon (9) a refusé la nomination d'un administrateur provisoire alors que le président d'un conseil d'administration avait été placé sous sauvegarde de Justice. Mais les motifs de la Cour ne sont pas sans nuances; elle relève que le président « présentait au point de vue neurologique un état satisfaisant », que les intérêts sociaux n'étaient pas en péril, que la société fonctionnait normalement, qu'elle n'avait pas de difficultés financières et qu'elle était même prospère. Quels poids ces éléments auraient-ils pu avoir, par exemple, dans la révocation d'un membre du directoire ? On retrouve certes les conditions de l'administration provisoire, mais l'influence de la situation du président sur l'exercice de ses fonctions est peu étudiée.

Le majeur en tutelle « a besoin d'être représenté d'une manière continue dans les actes de la vie civile » (art. 492 C. Civ.); pour cela, il ne peut exercer lui-même une fonction dans des organes comme le directoire ou le conseil de surveillance.

Le majeur en curatelle a seulement besoin d'être « conseillé ou contrôlé dans les actes de la vie civile » (art. 508 C. Civ.). Mais même si « le juge peut énumérer certains actes que la personne en curatelle pourra accomplir seule », il apparaît fort douteux qu'il prévoie la possibilité de diriger ou de surveiller une société anonyme à directoire en faveur d'une personne qui se trouve dans l'un des cas prévus aux articles 490, al. 1er, ou 488, al. 3, du Code Civil (prodigalité, intempérance, oisiveté).

III. — Sanctions de la nomination d'un incapable au directoire ou au conseil de surveillance.

251. — La nomination d'un incapable au directoire ou au conseil de surveillance n'est pas, comme telle, entachée de nullité. Mais elle n'aura aucune conséquence si l'on admet que l'incapable ne peut valablement accepter ses fonctions. Cela dit, la nullité de l'acceptation ne pourrait être invoquée que par l'incapable ou son représentant légal.

Si les actes du mineur ont porté un préjudice dont le mineur n'a pas l'obligation de répondre, la responsabilité de l'organe qui a désigné le mineur pourra être engagée, voire, éventuellement, celle des parents du mineur.

(9) Lyon 1er avril 1971, *D.* 1971, Somm. 169.

La survenance d'une incapacité en cours de fonctions entraîne normalement la cessation des fonctions. Il a été jugé qu'elle constitue un juste motif de révocation pour les gérants de société de personnes (10), et sans doute cette solution peut-elle être étendue aux membres du directoire. D'ailleurs, les statuts peuvent prévenir toute discussion en écartant la possibilité pour un mineur ou pour un majeur incapable, ou placé sous sauvegarde de Justice, d'accéder ou de se maintenir au directoire ou au conseil de surveillance.

En outre, le pacte social peut contenir une clause d'âge minimum, qui n'est ni plus ni moins justifiée que les clauses d'âge maximum désormais conseillées par la loi.

§ 2. — Limites d'âge.

252. — Seules parmi l'ensemble des sociétés (11), les sociétés par actions sont tenues d'avoir de jeunes dirigeants, ou, du moins, des dirigeants qui ne soient pas trop âgés. La loi n° 70-1284 du 31 décembre 1970 réalise le souhait qu'avait formulé M. Jacques Chaban-Delmas dans sa déclaration de politique générale, le 16 septembre 1969, devant le Parlement : « les bases financières de notre développement seront elles-mêmes affermies et assainies : (...), enfin, par le renforcement de l'information due aux actionnaires par les conseils d'administration dont la moyenne d'âge fréquemment élevée constitue trop souvent un frein au dynamisme de l'entreprise, ce qui pose un vrai problème » (12).

Le « problème » ne se posant pas toujours dans les mêmes termes, le législateur a dû mettre au point un système suffisamment souple pour s'adapter à la variété des hypothèses (13), et suffisamment rigoureux pour recevoir une application sérieuse. Alors que le Sénat voulait obliger les sociétés à régler le problème par une clause des statuts, l'Assemblée Nationale préféra suivre le Gouvernement en instaurant un ensemble de règles supplétives, c'est-à-dire applicables à défaut de disposition expresses des statuts.

I : Limite d'âge des membres du directoire;

II : Limite d'âge des membres du conseil de surveillance.

I. — Limite d'âge des membres du directoire.

253. — Les termes de l'article L. 120-1 relatif au directoire sont identiques à ceux de l'article L. 110-1 relatif au président du conseil d'administration et de l'article L. 115-1 relatif aux directeurs généraux de la société anonyme de type classique. Ces textes prévoient la fixation légale ou statutaire (A) d'une limite d'âge qu'ils font respecter (B) de façon différente suivant qu'elle a été dépassée avant la nomination (al. 2) ou après (al. 3).

(10) Nancy 9 déc. 1949, *Rev. Soc.* 1950, 38.

(11) V. R. EHRET, Géronte et les dirigeants de S.A.R.L. : débats parlementaires autour de l'âge limite, *Rev. Soc.* 1971, 12.

(12) *J.O.*, Déb. Ass. Nat., 16 sept. 1969, p. 2254.

(13) Pour les entreprises publiques, les établissements publics, les sociétés nationales, les entreprises nationalisées et certaines sociétés d'économie mixte, v. le décret n° 72-208 des 20-21 mars 1972, *J.O.*, textes 1972, 2939.

A. — Fixation de la limite d'age.

254. — L'article L. 120-1 oblige les statuts à fixer une limite d'âge pour l'exercice des fonctions de membre du directoire ou de directeur général unique. Sinon, c'est la limite légale qui s'applique.

Peu de précisions sont données sur la limite que doivent fixer les statuts. Qu'elle porte sur l'exercice des fonctions semble exclure les limites d'âge seulement applicables à la nomination (14). Mais de telles clauses ne reviennent-elles pas à déterminer une limite d'âge pour l'exercice des fonctions à quatre ans (art. L. 122) plus tard (15) ? Seule une prorogation au-delà de ce délai serait impossible. Cette solution est recevable dans la mesure où l'on n'a pas un respect trop scrupuleux de la collégialité du directoire, puisqu'en réalité, il y aura plusieurs âges maximum suivant que l'âge à la nomination est plus ou moins proche de la limite fixée (exemple, si la limite d'âge pour la nomination est de soixante-cinq ans, l'âge de la retraite effective variera entre 65 et 68 ans). Mais sur ce point, la collégialité ne résulte pas d'une disposition particulière.

Il semble contraire à l'esprit de la loi de 1970 (16), ainsi qu'à la jurisprudence de l'article 1869 du Code Civil (17) (même depuis l'art. L. 2) de fixer un âge maximum supérieur à 99 ans. Certains vont plus loin et considèrent « qu'en pratique, il semble difficile d'adopter un trop grand âge. Celui de 75 ans devrait être considéré comme une limite à ne pas dépasser » (18). Tout est affaire de circonstances et de personnalités, et il semble heureux qu'on ait laissé aux actionnaires le droit de se prononcer. Mais l'exigence, tout à fait logique sur le plan juridique, d'une décision de l'assemblée générale extraordinaire (art. L. 153) rend difficile toute modification; si l'on a prévu une limite élevée, les dirigeants seront protégés, et même s'ils ne sont pas eux-mêmes de gros actionnaires, peut-être disposeront-ils de pouvoirs leur assurant le tiers des voix. A l'opposé, si rien n'a encore été voté, une minorité pourra refuser toute clause et entraîner l'application de la limite légale (19). Les inconvénients de cette solution ne sont pas plus importants que ceux des solutions qu'elle exclut (20).

Si rien n'interdit de fixer une limite inférieure à 65 ans, il est en revanche impossible de stipuler « un renouvellement annuel des membres du directoire qui ont dépassé un certain âge sans atteindre encore l'âge limite » (21), ni la nécessité pour les membres du directoire d'être réélus chaque année, au-delà d'un certain âge : ces stipulations sont contraires à l'article L. 122, c'est-à-dire à la collégialité du directoire, et aussi à sa stabilité (art. L. 121). Les mêmes raisons conduisent à écarter d'autres stipulations concevables pour le conseil d'administration : fixer un pourcentage de membres du directoire auquel la limite est applicable ou inapplicable, fixer une limite séparée pour le président du directoire, les directeurs généraux ou certains membres seulement. Le rapport Sudreau préconise une telle rupture de collégialité en proposant de nouvelles

(14) A.N.S.A., Communication n° 1481, janv. 1971, p. 9; D. Bastian, *J.-Cl. Sociétés*, fasc. 130-3, n° 43.

(15) Hémard, Terré et Mabilat, La treizième réforme du droit des sociétés commerciales, *Rev. Soc.* 1971, 290; *D.* 1971, Chron. 147. Aj. *Traité*, t. I, n° 893, p. 764.

(16) J. Burgard, L'âge des dirigeants, *Rev. Soc.* 1971, 141.

(17) Civ. 30 janv. 1963, *D.* 1963, 308.

(18) J. Richard, Les clauses statutaires relatives à la retraite de divers mandataires des sociétés par actions, *J.C.P.* 1971, CI., 10362, n° 1.

(19) E. Dailly, déclarations au Sénat, *J.O.*, Déb. Sénat, 17 déc. 1970, p. 2974.

(20) Comp. A.N.S.A., com. préc., p. 4, n. 1.

(21) A.N.S.A., com. préc., p. 5.

règles pour le président du directoire (22). Passé l'âge de 60 ans, il ne pourrait être nommé plus de trois fois, la durée de ses fonctions ne pouvant dépasser, pour chaque nomination, trois ans. Et ses fonctions cesseraient « en tout état de cause » à l'âge de 70 ans.

Dans le droit positif, en l'absence de clause, la limite légale de 65 ans s'applique à tous les membres du directoire et au directeur général unique. L'exposé des motifs du projet n° 2510 observe d'ailleurs que dans la plupart des grandes entreprises, les limites d'âge fixées par les statuts correspondent aux limites légales; c'est pourquoi il est proposé de rendre ces limites obligatoires dans les sociétés cotées, dans la mesure où le dirigeant concerné ne détient pas plus de la moitié du capital social (23).

B. — Sanctions.

255. — Est nulle la nomination au directoire d'une personne qui a dépassé la limite d'âge; et si un membre en fonctions atteint la limite, il est immédiatement réputé démissionnaire d'office, cela que la limite soit statutaire ou légale. Les statuts, semble-t-il, ne peuvent pas prévoir d'autres types de sanctions, mais peuvent-ils les aménager ? Par exemple, pourraient-il décider que la démission aura lieu dans un certain délai (trois mois par exemple) ou à l'assemblée générale ordinaire qui suivra l'anniversaire du membre du directoire atteint par la limite d'âge, ou à la prochaine réunion du conseil de surveillance ? Le laconisme de l'article L. 120-1 est regrettable (24), et le caractère libéral de la loi, qui s'applique avec évidence au choix de la limite d'âge, devrait aussi concerner les sanctions. Mais la solution rigide n'est pas indéfendable, puisqu'en cas de vacance d'un siège au directoire, le conseil de surveillance est tenu d'y pourvoir dans les deux mois (art. D. 97).

Le membre irrégulièrement nommé ou réputé démissionnaire d'office devra naturellement restituer les rémunérations qu'il a perçues dans cette situation. Les actes du directoire faits avec sa participation sont-ils entachés de nullité — sous réserve des dispositions de l'article L. 8 ? Le silence de la loi et la forte collégialité du directoire peuvent appuyer cette solution (25), si l'on ne considère pas la nature de l'obligation contenue dans l'article L. 120-1. La menace que fait peser sur la société la présence au directoire d'un membre trop âgé est quand même moindre que celle, par exemple, d'un membre du directoire qui serait nommé, sans autorisation du conseil, au directoire d'une société concurrente. Or cette situation n'entraîne pas la nullité des délibérations auxquelles a pris part le membre du directoire irrégulièrement nommé (art. L. 127, al. 3). Si une telle mention ne figure pas dans l'article L. 120-1, c'est sans doute qu'elle était superflue, étant donné le caractère libéral de la loi (26).

II. — Limite d'âge des membres du conseil de surveillance.

256. — L'article 129-1, homologue de l'article L. 90-1 relatif au conseil d'administration, a de nombreux points communs avec l'article L. 120-1 relatif

(22) P. 117.

(23) Projet n° 2510, *J.O.*, Documents Ass. Nat. du 22 juil. 1976, art. 11.

(24) Hémard, Terré et Mabilat, t. I, n° 1080, p. 953; n° 976, p. 838; D. Martin, La démission des organes de gestion des sociétés anonymes, *Rev. Soc.* 1973, 283, n° 11.

(25) En ce sens, v. A.N.S.A., com. préc.; J. Burgard, art. préc., p. 145. Aj. D. Bastian, *J.-Cl. Sociétés*, fasc. 130-3, n° 46.

(26) V. Hémard, Terré et Mabilat, t. I, n° 898, p. 768 et s.; J. Valque, La limite d'âge des dirigeants de sociétés, *I.C.E.* 1972, 172.

au directoire : il prévoit la fixation statutaire ou légale d'une limite d'âge qui doit être sérieuse et s'appliquer à l'exercice des fonctions. Il sanctionne la nomination d'un membre trop âgé par la nullité, répute démissionnaire d'office les membres atteints par la limite d'âge et précise que ces sanctions n'entraînent pas la nullité des actes et délibérations du conseil de surveillance. Cependant, il y aura lieu à restitution des rémunérations indûment perçues (les jetons de présence se calculent d'ailleurs de quantièmes en quantièmes).

Les différences entre l'article L. 129-1 et l'article L. 120-1 relatif au directoire tiennent, quant à la fixation de la ou des limites d'âge (A), à la collégialité plus faible du conseil et à son rôle moins accaparant. Quant aux sanctions (B), elles témoignent d'une part d'un oubli du législateur, et d'autre part d'une souplesse plus grande.

A. — Fixation de la ou des limites d'âge.

257. — Les statuts peuvent prévoir pour le conseil de surveillance des clauses qui permettent des inégalités de situation entre les membres. La limite d'âge choisie peut s'appliquer à un pourcentage déterminé de membres (et non d'administrateurs, comme le porte ingénuement l'article L. 129-1). On peut aussi mettre en place un renouvellement annuel des membres qui ont dépassé un certain âge; stipuler que, passé un certain âge, les membres du conseil doivent chaque année être confirmés dans leurs fonctions; établir plusieurs pourcentages (un premier tiers doit quitter ses fonctions à 70 ans, un autre à 75 et le dernier à 80 ans) ou à la fois un pourcentage (les deux tiers ne peuvent dépasser 70 ans) et une limite applicable à tous (75 ans par exemple).

Cette variété (27) s'accorde avec l'instabilité due à la révocabilité *ad nutum*.

La solution supplétive de l'article L. 129-1, al. 2, comprend une limite d'âge, soixante-dix ans, et une proportion maximum de membres qui peuvent « atteindre » (mais n'a-t-on pas voulu dire « dépasser » ?) cet âge. Cela signifie que la limite d'âge n'est applicable qu'aux deux tiers (pourquoi parler de « pourcentage » dans l'alinéa 1er ?) des membres du conseil de surveillance, les autres pouvant conserver leurs fonctions jusqu'aux âges les plus vénérables.

Le « pourcentage » porte, comme dans les articles L. 90-1 et L. 120-1 sur le nombre des membres en fonctions, et non sur le nombre fixé dans les statuts. Toute cessation des fonctions d'un membre peut donc entraîner l'application des sanctions prévues aux alinéas 3 et 4 de l'article L. 129-1. Ainsi, une démission pour atteinte de la limite d'âge peut en entraîner plusieurs autres, automatiquement et sans délai, suivant l'âge des différents membres et les dispositions applicables. Le décès d'un jeune membre peut entraîner la démission d'un membre plus ancien, avant même qu'on ait remplacé le premier nommé, etc.

Le rapport Sudreau montre un certain scepticisme vis-à-vis de l'efficacité de ces règles. Critiquant la « pérennité » de certains membres, il estime que de nouvelles solutions (28) plus rigoureuses seraient souhaitables pour les sociétés d'une « certaine dimension » (les petites restant soumises au régime actuel). Il s'agirait de « racourcir (*sic*) à trois ans la durée maximum des mandats » et « de limiter à trois le nombre des mandats successifs ». Mais le membre intéressé pourrait réintégrer le conseil après une interruption d'une durée égale à

(27) Sur les différentes solutions possibles, v. J. Richard, art. préc.; com. A.N.S.A. n° 1481, préc.
(28) P. 115.

celle d'un mandat. On ferait exception pour le président du conseil de surveillance.

Ces propositions ne sont pas à l'abri de la critique. Tous les neuf ans, les membres du conseil devraient quitter leur siège. Cette obligation pourrait nuire à la société. Mieux vaudrait, si l'on tient aux dispositions impératives, fixer un âge limite (par exemple 75 ans) et limiter le nombre des mandats à partir d'une autre frontière (par exemple 65 ans), comme il est proposé pour le président du directoire. Il est préférable que ces limitations soient nettement en rapport avec l'âge plutôt qu'avec la stabilité des fonctions, souvent souhaitable.

Le projet 2510 préconise seulement de rendre obligatoire le système actuellement supplétif, et uniquement dans les sociétés dont les actions sont inscrites à la cote officielle d'une Bourse des valeurs (29). Il n'est pas fait d'exception en fonction de la part de capital détenue, ce qui, pourtant, serait plus compréhensible que pour les membres du directoire.

Ce petit pas fait dans la bonne direction supprimerait en tout cas un certain nombre de difficultés dues aux clauses statutaires, notamment au niveau des sanctions; mais il faudrait aussi aménager l'article L. 129-1 pour établir plus clairement la sanction du système légal.

B. — Sanctions.

258. — La nullité de la nomination ne joue, pour les candidats trop âgés, que lorsque c'est la limite légale qui est applicable, alors que la limite statutaire est aussi sanctionnée par la nullité pour les membres du directoire. L'alinéa 3 de l'article L. 129-1 ne fait référence qu'à « l'alinéa précédent », qui donne la solution supplétive. Pas de nullité sans texte, les statuts doivent instaurer eux-mêmes une sanction, par exemple, une démission d'office prenant date au jour de la nomination irrégulière, ou plus tard. Cela sous réserve des dispositions de l'article L. 8.

Si les statuts n'ont pas tranché le problème, trois solutions sont possibles : ne retenir qu'une faute susceptible d'engager une responsabilité du membre trop âgé et de l'organe qui l'a choisi (mais comment prouver le préjudice ?); contourner la difficulté en acceptant que, dans le silence des statuts, c'est la sanction légale qui s'applique (mais le silence visé à l'alinéa 2 porte évidemment sur la limite d'âge et de pourcentage). On peut enfin considérer que, la nomination n'étant pas nulle, le membre du conseil de surveillance se trouve dans la situation de l'alinéa 4 (lorsque la limite statutaire ou légale est dépassée) et se trouve réputé démissionnaire d'office au jour du dépassement, c'est-à-dire lors même de sa nomination. Mais il doit pour cela être le plus âgé ou celui que vise une stipulation des statuts sur ce point.

Contrairement encore à l'article L. 120-1, les statuts peuvent tempérer l'automaticité de la démission de l'article L. 129-1. Certes, l'alinéa 4 n'autorise pas explicitement les statuts à stipuler un délai pour la démission : la « procédure » paraît ne porter que sur la mise en œuvre du « pourcentage ». Malgré cela, la doctrine (30) s'accorde à considérer qu'un tel délai est possible, ce qui s'entend parfaitement du caractère libéral de la loi et convient avec les dispositions de l'article D. 101.

Notons enfin qu'une clause peut choisir de sacrifier une autre personne que la plus âgée, en utilisant par exemple le tirage au sort, l'ancienneté dans la

(29) Projet n° 2510 préc., art. 13.
(30) V. les art. préc. de MM. Burgard, Hémard, Terré et Mabilat, Valque, la com. A.N.S.A. n° 1471, préc. Aj. D. Bastian, *J.-Cl. Sociétés,* fasc. 130-3, n° 44.

société, le nombre d'actions détenues, le nombre de mandats, les diplômes, voire l'état de santé, le taux de productivité et mille autres critères mécaniques qu'économistes ou ergonomes excellent à mettre au point.

Conclusion du paragraphe 2.

259. — Les articles L. 120-1 et L. 129-1 poursuivent des objectifs louables, mais sans les atteindre exactement. Cette situation semble due à une rédaction hâtive selon une procédure rigide (31). Outre les incertitudes dans la fixation de la limite d'âge et les sanctions auxquelles cette limite donne lieu ,on peut critiquer plus au fond le caractère numérique de la limite et sa fixation par une loi(fût-elle supplétive. Le projet de société anonyme européenne opte pour une fixation statutaire et précise que « le membre du conseil atteint par la limite reste en fonctions jusqu'à la fin de la prochaine assemblée générale ». La société a le temps d'organiser son remplacement. Cette solution, moins brutale, fait peut-être la part trop belle aux véritables « gérontocrates », ceux à qui personne n'ose demander de s'en aller. Question d'état d'esprit, c'est évident.

Le droit allemand ne fixe aucun âge limite. Seul le droit anglais, dont s'approche le rapport Sudreau, « pose en principe que l'on ne peut pas être élu directeur après 70 ans et que, si l'on est élu directeur à cet âge, on doit abandonner ses fonctions à l'assemblée générale suivant son anniversaire » (32). La solution française est donc intermédiaire puisqu'elle laisse la possibilité d'une limitation statutaire.

On peut se féliciter de cette fidélité au principe de la souveraineté des actionnaires, traditionnel en France, dans une matière où la liberté d'agir est en jeu. L'assemblée générale extraordinaire a la possibilité d'empêcher une nullité de nomination ou une démission en stipulant une nouvelle limite ou de nouveaux « pourcentages », délais ou procédure de choix du démissionnaire.

Peut-on craindre toutefois que l'assemblée ne se serve de ces dispositions pour intervenir directement dans la composition du directoire en fixant une limite d'âge assez basse pour éliminer certains membres ? Cela reviendrait à tourner les règles de l'article L. 121 relatives à la révocation des membres du directoire. Il faudrait donc exiger d'une part la proposition du conseil de surveillance et d'autre part un juste motif de révocation en l'absence duquel une indemnité peut être due. La première condition semble aisée à obtenir, de la part d'une majorité des deux tiers à l'assemblée générale. Mais le désir de rajeunir la direction n'est pas en soi un juste motif, du moins s'il s'agit d'une limite inférieure à 65 ans. La jurisprudence accepterait-elle facilement la preuve d'une révocation dissimulée ? Peut-être faudrait-il accorder une allocation de dommages-intérêts pour les membres démissionnaires d'office à la suite de l'application d'une limite inférieure à la limite légale. A l'inverse, on ne saurait se plaindre du pouvoir de la minorité d'un tiers d'empêcher un vote : elle n'aboutit qu'à l'application de la loi.

A d'autres égards, le système supplétif s'adapte bien à la société anonyme à directoire. Le régime applicable au conseil de surveillance semble mieux convenir à ce dernier qu'au conseil d'administration, pour lequel il a été conçu. Il

(31) Le vote bloqué, v. HUBRECHT, Nouvelles modifications à la loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés concernant l'âge des administrateurs et les acquisitions d'actions par le personnel, *Gaz. Pal.* 1971, 1, Doctr. 178.

(32) V. A. TUNC, Le droit anglais des sociétés anonymes, *Dalloz*, 1971, n° 83, p. 115.

est vrai que le conseil d'administration joue souvent le rôle d'un simple organe de surveillance.

En outre, on peut conseiller aux usagers de la société à directoire de combiner l'âge limite des membres du conseil avec celui des membres du directoire, de façon que les membres du directoire trop âgés pour la gestion quotidienne puissent faire bénéficier le conseil de leur expérience de la société et des affaires (33).

Cela dit, les statuts devront prévoir l'information des actionnaires en ce qui concerne l'âge des candidats et membres du directoire : en effet, les actionnaires ne peuvent connaître (art. D. 135) que l'âge des membres du conseil de surveillance (v. aussi l'art. L. 168-3°). L'article L. 162 ne constitue pas sur ce point d'autres obligations à la charge du directoire que celles que dispose l'article D. 135 !

Toutefois, les date et lieu de naissance des membres du directoire (ainsi que ceux des membres du conseil de surveillance) peuvent être connues au registre du commerce, puisqu'elles figurent sur les demandes d'immatriculation et d'inscription modificative (art. 11, al. 2-8°, et renvoi à l'art. 9-3°; décret n° 67-237 du 23 mars 1967). Il serait logique d'informer directement les actionnaires sur une question où leur opinion est importante, du moins jusqu'ici. Les projets actuels visent en effet à diminuer la marge de liberté accordée aux statuts. On comprend que ce grignotage soit lent; car s'il est vrai qu'un organe dont les membres sont jeunes peut gagner en efficacité économique, il est parfois moralement regrettable de faire de l'âge une cause d'exclusion.

On déplorera cependant la prudence du projet 2510 lorsqu'il exempte de limite d'âge les membres du directoire qui détiennent la majorité de leur capital. Cette exception nous semble étrangère au système et à l'esprit de la société anonyme. Elle marque en tout cas la volonté de persévérer dans l'ambiguïté d'une situation qui veut que plus de la moitié des sociétés anonymes soient des entreprises individuelles déguisées.

§ 3. — Personnes morales.

260. — Les gérants d'une association de la loi du 1er juillet 1901, ceux d'une société civile ou ceux d'une société de personnes (art. L. 12, al. 2) peuvent être des personnes morales. Mais les gérants des sociétés à responsabilité limitée doivent être des personnes physiques (art. L. 49).

En matière de société anonyme, le président du conseil d'administration (art. L. 110) et les directeurs généraux (art. L. 115) sont des personnes physiques, alors que les administrateurs ne le sont pas nécessairement (art. L. 91). Cette solution l'emportait déjà avant 1966 (34).

Dans la formule nouvelle, les membres du directoire doivent être des personnes physiques (I), mais des personnes morales peuvent appartenir au conseil de surveillance, sous certaines conditions (II).

(33) V. J. Cazals, Age et droit privé, th. Paris, 1976, p. 470.

(34) Escarra et Rault, t. IV, n° 1367; B. Oppetit, Le représentant permanent d'une personne morale administrateur de société anonyme, *J.C.P.* 1969, I, 2227; Hémard, Terré et Mabilat, t. I, n° 801; *Bul. Inf. Soc.* 1968, p. 310 : Grandeur et servitudes du représentant permanent.

I. — Les membres du directoire doivent être des personnes physiques.

261. — Cette règle est édictée par l'article L. 120, al. 3 (35), qui prend soin de viser le directeur général unique. Aucune distinction n'est faite suivant que le membre du directoire a ou non le pouvoir de représenter la société envers les tiers. Cette égalité ne peut que renforcer la collégialité du directoire.

La sanction est précisée (L. 120, al. 3) : nullité de la nomination d'une personne morale au directoire. Toute clause contraire semble écartée. Mais la loi reste muette sur les conséquences de cette nullité (comp. avec les art. L. 127, al. 3; L. 136, al. 2; L. 137, al. 4). Certes, la personne morale devra restituer les rémunérations qu'elle a indûment perçues; mais les actes et délibérations du directoire seront-ils nuls ?

Malgré la gravité de la nullité (36) et de ses conséquences, elle semble essentielle sur ce point à la conception du directoire : il est composé de personnes qui dirigent par elles-mêmes, sous le seul contrôle du conseil de surveillance; les membres du directoire doivent être pleinement et personnellement disponibles et indépendants. Leurs responsabilités sont très fortes. Les actionnaires doivent savoir qui est élu au directoire et les tiers, à qui s'adresser.

On verra combien le système, compliqué et faillible, du représentant permanent tient compte de ses difficultés.

Toutes ces raisons contribuent à affirmer le caractère impératif de l'article L. 120, al. 3, et à motiver la nullité des actes et délibérations du directoire dont ferait partie une personne morale.

En outre, la responsabilité du conseil de surveillance qui a nommé une personne morale au directoire peut être mise en jeu.

II. — Une personne morale peut appartenir au conseil de surveillance.

262. — Cette règle est formulée par l'article L. 135, qui reprend les mêmes termes que l'article L. 91, relatif aux administrateurs. Mais tous les membres du conseil de surveillance ne peuvent être des personnes morales : le président et le vice-président sont à peine de nullité de leur nomination, des personnes physiques (art. 138, al. 2). Cette exception repose, semble-t-il, sur des raisons pratiques qui tiennent au rôle du président et du vice-président qui le remplace (convoquer le conseil, animer ses délibérations). Il s'agirait alors d'une sanction démesurée si les délibérations du conseil dont le président ou le vice-président est une personne morale, étaient entachées de nullité; et cela, malgré le silence des textes et le caractère impératif de l'article L. 138, al. 2.

Les statuts peuvent-ils décider que le conseil de surveillance ne sera composé que de personnes physiques ? (37). Il est probable que le régime des personnes morales instauré par la loi est impératif (38) — quoique ses effets soient quelque peu limités par la doctrine; mais le principe d'admission lui-même se présente comme une faculté laissée aux actionnaires de nommer des personnes morales

(35) Des dérogations sont prévues dans certaines sociétés, comme par exemple les sociétés d'économie mixte de l'art. 401 du Code de l'Administration Communale, dont les membres du directoire peuvent être des collectivités locales; v. Rép. Min. Just. à M. Gau, *J.O.*, Déb. Ass. Nat., 7 mai 1975, p. 2443, n° 17, 904.

(36) Hémard, Terré et Mabilat, t. I, n° 1060.

(37) Même ouvrage, n° 805, *in fine*.

(38) Mercadal et Janin, n° 1283.

au conseil de surveillance. Cette faculté peut n'être jamais exercée, et les actionnaires doivent pouvoir y renoncer dans les statuts pour éviter les inconvénients dénoncés autrefois par Lacour (39), qui n'ont pas tous disparu en 1966.

Car la personnalité morale permettait à certains indélicats de fuir leurs responsabilités soit en changeant constamment de représentant, soit en n'offrant pour surface qu'un capital social lourdement obéré d'autres dettes.

Le dispositif de la loi de 1966 fait face à ces problèmes en posant en principes la permanence du représentant de la personne morale (A) et son assimilation à un membre du conseil de surveillance (B). Seule l'application de ces principes n'est pas identique du conseil d'administration au conseil de surveillance; il ne faut attendre de différences qu'en raison des rôles distincts de ces deux organes.

A. — Le principe de permanence.

263. — Pour rendre effective cette permanence, la loi (art. L. 135) et le décret (art. D. 102 et D. 103) règlent les formes de la désignation du représentant permanent, la durée de ses fonctions, leur renouvellement et leur cessation (40).

1. — *Désignation du représentant permanent.*

264. — Elle est obligatoire et immédiate dès l'instant que la personne morale est nommée au conseil de surveillance. Mais la personne morale n'est pas tenue de dévoiler, avant sa nomination, quel sera son représentant permanent; elle peut choisir qui bon lui semble. Bien plus, l'article D. 102 a oublié de prévoir, à la charge de la personne morale, l'obligation de notifier, après la nomination du conseil, le nom du représentant permanent en cas de désignation normale (41) (comme il le fait en cas de désignation en cas de révocation) (42). Une interprétation stricte de ces rédactions maladroites mènerait à la situation suivante : ni la société, ni les tiers ne savent qui va siéger au conseil de surveillance, mais le représentant est désigné et la nullité de la nomination n'est pas encourue, cela sous réserve de l'article L. 8.

Notons que la société peut se prémunir en exigeant, avant nomination, de connaître l'identité du représentant permanent. Sinon, elle ne pourra recourir qu'à la révocation, ou, s'il faut l'éviter, à une réparation plutôt illusoire.

En revanche, si aucun représentant n'est désigné au-delà d'un (très court) délai moral, il faut retirer du caractère impératif de l'article L. 135 que la nomination de la personne morale est nulle. De plus, les sanctions pour défaut de publicité de la désignation du représentant pourront être encourues : l'article D. 103 prévoit en effet que cette désignation — qu'elle intervienne ou non en même temps que la nomination de la personne morale — fait l'objet des

(39) V. Lacour et Bouteron, t. I, n° 339, n. 2. Comp. Wahl, Une société peut-elle être gérante ou administrateur d'une autre société ? *J. Soc.* 1905, 289.

(40) Comp. art. L. 91, D. 78 et 79.

(41) Cf. Rép. Min. Just. à M. Liot, *J.O.*, Déb. Sénat, 13 fév. 1973, p. 66 : « Lorsqu'une personne morale omet de notifier à la société dont elle est administrateur son représentant permanent, il convient, à défaut de disposition particulière, de rechercher les conséquences d'une telle omission dans les règles générales du Code Civil en matière de mandat. »

(42) Il a été jugé qu'en l'absence de notification du remplacement sont nulles les délibérations d'un conseil d'administration prises avec la participation du représentant permanent en situation irrégulière (Cass. Com. 21 juil. 1975, *Bul. Inf. Soc.* 1975, p. 582; *D.* 1976, 207, n. P.-G. Gourlay; *Rev. Soc.* 1976, 485, obs. J.H.).

mêmes mesures de publicité que la nomination d'un membre du conseil de surveillance. On peut penser, d'ailleurs, que c'est le directoire qui devra remplir ces formalités, lorsqu'il connaîtra les nom et qualité du représentant permanent. Si tel est le cas, l'absence de notification par la personne morale de l'identité de son représentant laissera toujours sans effet pour les tiers la désignation dudit représentant...

2. — *Durée des fonctions du représentant permanent.*

265. — Le représentant permanent est, en principe, nommé pour la durée du mandat de la personne morale (art. D. 102). Ce mandat peut être renouvelé, mais alors le représentant permanent doit être confirmé dans ses fonctions (art. D. 102). Le décret ne précise pas les formes de cette confirmation. Elle semble ne s'adresser qu'à la société « surveillée » et non aux tiers, puisque l'article D. 103 ne vise pas cette hypothèse.

3. — *Cessation des fonctions du représentant permanent.*

266. — Le représentant permanent peut cesser ses fonctions pour de multiples raisons : entre autres, si la société « surveillée » est dissoute (43), si la personne morale cesse elle-même ses fonctions (démission, révocation, dissolution, mise en liquidation des biens), s'il décède, s'il démissionne (44), s'il est révoqué (45). Ces trois dernières possibilités constituent des limites évidentes au principe de permanence. Mais l'article D. 102, al. 2, oblige la personne morale à avertir « sans délai » la société « surveillée » et à remplacer immédiatement le représentant révoqué. Elle doit au même moment, par lettre recommandée (le singulier du texte laisse entendre qu'il s'agit d'une seule et même lettre recommandée), faire état de la révocation et de l'identité du remplaçant. Cette obligation existe aussi en cas de décès ou de démission du représentant permanent (art. D. 102, *in fine*) : la désignation immédiate pourra être difficile. Mis à part cet obstacle, il n'y a guère que les formalités de publicité (interne ou externe) qui peuvent dissuader la personnne morale de changer souvent de représentant.

Les dispositions de l'article D. 102 ne contiennent pas de sanction. Or, ici, l'article L. 360, al. 2, n'est pas applicable, aucune nullité ne peut être encourue, seulement la responsabilité de la personne morale et l'inopposabilité (46) de la révocation, de la démission, voire du décès...

B. — Le principe d'assimilation du représentant permanent a un membre du conseil de surveillance.

267. — Au principe d'assimilation établi par l'article L. 91 entre le représentant permanent et l'administrateur, la pratique et la doctrine ont apporté quelques exceptions. En est-il de même dans le cadre de l'article L. 135 ?

(43) Sous réserve de l'application des art. L. 403 et 413, al. 2.

(44) Avec application de l'art. 2007 C. Civ.

(45) S'il s'agit d'une société à directoire, le directoire qui a choisi le représentant permanent a seul le pouvoir de le révoquer.

(46) V. Rép. Min. Just. à M. Liot, *J.O.*, Déb. Sénat, 13 févr. 1973, p. 66. « Si une société révoque son mandataire représentant permanent au conseil d'administration d'une autre sans remplir les formalités prévues au décret, elle s'expose à l'inopposabilité de cette révocation aux tiers. » (Art. 2005 C. Civ. et suiv.)

1. — *Conditions personnelles à remplir par le représentant permanent.*

268. — Rien ne permet de faire exception au principe d'assimilation en ce qui concerne les incapacités et les incompatibilités. Par exemple, le représentant permanent ne peut être membre du directoire; il est soumis aux obligations des articles L. 143 et suivants. Il ne peut recevoir de la société un salaire, sauf application de l'article L. 142, al. 2. Les dispositions de l'article D. 107-1 lui sont applicables, c'est-à-dire qu'il peut représenter un autre membre aux séances du conseil, et se faire lui-même représenter.

En revanche, le représentant permanent doit, malgré le silence de la loi, être lui-même une personne physique. Et l'on peut se demander s'il est obligé d'être actionnaire. Sur ce point, pour les administrateurs, la majorité de la doctrine (47) se prononce pour la négative, appuyée par plusieurs réponses ministérielles (48). Il n'est pas nécessaire que le représentant permanent possède des actions, puisque la personne morale en a déjà. Cette obligation réduirait d'ailleurs le choix des représentants possibles.

Ces deux arguments sont théoriquement contestables : d'une part parce que la loi admet une double responsabilité, et d'autre part, parce que les arguments pratiques n'ont pas suffi pour que le législateur renonce à exiger des membres du conseil qu'ils soient actionnaires. Ici, un argument nouveau peut être avancé : à la différence des actions à l'article L. 91, les actions des membres du conseil de surveillance ne sont pas là pour garantir leur gestion, ce qui serait affaire de responsabilité, mais pour assurer leur *affectio societatis*. N'étant que mandataire, le représentant permanent a l'*affectio societatis* de son mandant : le cumul ici ne s'impose pas, même en théorie.

On s'est également demandé s'il convient d'appliquer au représentant permanent les dispositions de la loi du 31 décembre 1970, qui limite l'âge des administrateurs. En cette matière, les raisonnements sont transposables sans réserve aux membres du conseil de surveillance, et le texte de l'article L. 129-1 appuie cette transposition d'un lapsus significatif.

Comme une personne morale n'atteint jamais l'âge de la retraite, et parce que le mandat du représentant permanent est donné pour la durée du mandat de la personne morale, on a cru pouvoir éviter l'assimilation (49).

Seulement, les membres du conseil de surveillance ont beau être nommés pour six ans, s'ils atteignent la limite d'âge, ils sont immédiatement démissionnaires. Le principe d'assimilation correspond au désir du législateur que le représentant ne s'abrite pas derrière la personne morale (50). De plus, il n'y a pas ici cumul d'obligations, comme pour le dépôt d'actions (51).

Mieux vaut donc estimer que la limite d'âge est applicable au représentant permanent. Le prévoir dans les statuts tarirait les contestations (52).

(47) R. Houin et F. Goré, *D.* 1967, Chron. p. 176; D. Bastian, *J.C.P.* 1968, I, 2183, n° 434; B. Oppetit, art. préc., n° 18; Hémard, Terré et Mabilat, t. I, n° 804, p. 691; A.P.S., La représentation des personnes morales dans les fonctions d'administrateur de société, *Gaz. Pal.* 1974, 1, Doctr. p. 22, spé. p. 25. *Contra :* Vuillermet, *Droit des sociétés commerciales*, p. 347.

(48) Rép. Min. Just. à M. E. Dailly, *J.O.*, Déb. Sénat, 20 nov. 1968, p. 117; à M. Lebas, *J.O.*, Déb. Ass. Nat., 1er mars 1969, p 530; à M. Le Douarec, *J.O.*, Déb. Ass. Nat., 2 avril 1971, p. 880.

(49) V. D. Bastian, *J.-Cl. Sociétés*, fasc. 130-2, n° 122.

(50) V. J. Burgard, L'âge des dirigeants, *Rev. Soc.* 1971, 141; A.N.S.A., com. n° 1481 préc., p. 7.

(51) Hémard, Terré et Mabilat, t. I, n° 804, p. 692.

(52) J. Burgard, art. préc.

L'article L. 136, al. 3, exclut le représentant permanent de l'application des dispositions limitant le nombre des mandats : il peut détenir huit postes de membres du conseil de surveillance et d'administrateur en plus d'un nombre théoriquement infini de mandats de représentant permanent. Il peut représenter un nombre illimité de sociétés dans des conseils différents, mais il ne peut représenter plus d'une société dans le même conseil (53), ni être à la fois représentant d'une personne morale et membre en son nom propre.

Cela constituerait une violation du principe délibératif du conseil de surveillance. Certes, la représentation est possible au conseil, mais à raison d'une seule procuration spéciale par membre (art. D. 107-1) : cela ne permet pas de faire représenter les intérêts de deux personnes différentes par un seul mandataire pendant six ans !

Il faut se rappeler, enfin, que le représentant permanent ne peut être ni président ni vice-président du conseil de surveillance, puisque ces derniers sont obligatoirement des personnes physiques (art. L. 138, al. 2).

2. — *Pouvoirs du représentant permanent.*

269. — Sur ce point, le principe d'assimilation se heurte au mandat existant entre la personne morale et son représentant. Ce dernier ne peut délibérer comme s'il était membre en son nom propre, car c'est la personne morale qui est membre. Et l'article L. 135 parle de conditions, d'obligations, et de responsabilités, mais pas de pouvoirs. Cependant, on s'est demandé s'il ne fallait pas reconnaître au représentant permanent une certaine autonomie correspondant à sa responsabilité personnelle (54). Là-dessus, on ne peut que constater l'absence de protection, et donc d'indépendance, du représentant permanent, et considérer que si la confiance n'existe plus, la personnne morale révoquera son représentant. En cas de conflit avec la société, la personne morale pourra elle-même être révoquée : la liberté dépend ici des personnes et des faits.

3. — *Rémunérations du représentant permanent.*

270. — Il était logique d'attribuer les jetons de présence au représentant permanent et les tantièmes à la personne morale (55). Mais celle-ci peut prévoir que son mandataire recevra une rémunération autrement calculée, et prendre pour elle-même les jetons, et, éventuellement et jusqu'en 1977, les tantièmes (56). La suppression des tantièmes (57) milite pour cette rémunération spéciale.

4. — *Responsabilité du représentant permanent.*

271. — Sur le plan pénal, le représentant permanent offre à la répression sa personnalité physique, ce qui constitue une amélioration par rapport à l'ancienne dilution des responsabilités. Le principe d'assimilation joue ici à plein (58).

(53) B. Oppetit, art. préc., n° 18.
(54) B. Oppetit, art. préc., n° 28; Hémard, Terré et Mabilat, t. I, n° 805, p. 692.
(55) B. Oppetit, art. préc., n° 26; Hémard, Terré et Mabilat, n° 805, p. 692.
(56) Rappr. en matière fiscale, Rép. Min. Eco. et Fin. à M. Kaspareit, *J.O.*, Déb. Ass. Nat., 19 janv. 1974, p. 222; *Rev. Soc.* 1974, p. 400. Les jetons de présence perçus par une société anonyme administrateur d'une autre présentent le caractère de revenus mobiliers à son nom, même s'ils sont versés directement au représentant permanent de la société administrateur.)
(57) Loi n° 75-1347 du 31 déc. 1975. V. *infra*, n° 431.
(58) B. Oppetit, n°s 34 et 35.

Sur le plan civil, la responsabilité du représentant permanent est encourue envers la société pour les fautes qu'il a commises dans l'exécution du mandat donné par la société à directoire à la personne morale (art. L. 250). Ces fautes peuvent donner lieu à la solidarité de la personne morale. Le représentant permanent est également responsable devant cette personne morale, en tant que mandataire : il cumule deux sortes de responsabilité de mandataire.

Les articles 98, 104-4° et 130-3° de la loi du 13 juillet 1967 reprennent le principe d'assimilation pour les sanctions frappant les dirigeants sociaux en cas de liquidation de biens ou de règlement judiciaire, de faillite personnelle et de banqueroute.

Conclusion du paragraphe 3.

272. — La solution adoptée par le droit français diffère de celle du droit allemand (59), et du projet européen (60), qui n'admet les personnes morales ni dans le directoire ni dans le conseil de surveillance. Cependant elle paraît conforme à la logique de la société à directoire dans sa formule française. Les risques que représente la présence de personnes morales, malgré un dispositif comme celui de la loi du 24 juillet 1966, sont surtout sensibles au directoire, alors que les avantages de cette solution conviennent aux besoins du conseil de surveillance.

A. — Les risques sont trop importants pour le directoire.

273. — Lorsqu'il s'agit de prendre des décisions de gestion, on imagine mal une véritable collégialité si certains membres ne se décident qu'en fonction d'ordres venus d'ailleurs. La rapidité et l'authenticité nécessaires à l'action du directoire ne seraient pas assurées. Il serait possible de tourner les dispositions relatives au cumul des postes. La stabilité des membres du directoire deviendrait illusoire.

Or on a voulu un directoire fortement collégial, indépendant et stable, véritable source du pouvoir de gestion dans la société. On a voulu que le directoire soit composé d'hommes « choisis en raison des qualités de dynamisme qui font les véritable chefs » (61). Qui sait si ces qualités seront celles du représentant permanent que la personne morale peut désigner comme bon lui semble ? Et il serait difficile de révoquer la personne morale, elle-même protégée par les règles de stabilité des membres du directoire.

Pour tous ces arguments, tant pratiques que juridiques, il est évident que la présence d'une personne morale ruinerait la conception du directoire, fait pour occuper à plein temps un petit nombre de personnes physiques.

B. — Les avantages conviennent au conseil de surveillance.

274. — Au conseil de surveillance, la collégialité n'a pas le même sens qu'au directoire : il est normal que le contrôle de la gestion corresponde à des grandes lignes, qui sont le résultat de la confrontation d'intérêts divers. L'instantanéité

(59) Aktg, § 100..
(60) Art. 74-2. V. les solutions des autres droits occidentaux dans l'art. préc. de M. B. Oppetit, n° 4.
(61) René Capitant, *J.O.*, Déb. Ass. Nat., 8 juin 1965, p. 1866.

des décisions n'est pas nécessaire comme au directoire; le conseil ne se réunit que périodiquement, même s'il doit exercer un « contrôle permanent ». Les membres du conseil sont révocables *ad nutum* par l'assemblée générale des actionnaires : il n'est pas choquant que la personne morale membre puisse révoquer de la même façon son représentant.

La présence des personnes morales au conseil de surveillance peut avoir aussi le mérite de la clarté : de cette façon, les « controlaires » peuvent devenir des contrôleurs. Ce n'est pas dire qu'une personne physique ne puisse se trouver en situation de controlaire, mais la pratique montre que ce sont le plus souvent des sociétés (banques, holdings) qui détiennent le pouvoir capitaliste dans les grandes entreprises, par majorité ou minorité de contrôle, sinon par l'usage des pouvoirs en blanc.

Il est souhaitable que ceux qui représentent les intérêts du contrôle ne soient pas nommés en leur nom propre, mais seulement comme représentants permanents de personnes morales (62). De cette façon seulement la personne morale pourra être engagée : elle pourra contrôler son représentant au grand jour (63), le révoquer au besoin, et bénéficier des rémunérations; avantage aussi pour le représentant, qui ne sera pas tenu de posséder personnellement des actions. Quant au conseil lui-même, il pourra représenter plus fidèlement l'assemblée en étant composé des principaux actionnaires. Il pourra également accueillir des personnes morales de statuts divers, associations, coopératives, collectivités locales, sociétés civiles, voire comités d'entreprise, et tous les organismes dont les conseils ou l'influence peuvent être utiles.

Ces possibilités, si elles sont exploitées, conviennent parfaitement à l'équilibre interne de la société à directoire. Mais rien ne dit que les personnes morales qui veulent agir au sein du conseil de surveillance choisiront cette politique de clarté...

Quoi qu'il en soit, la solution de l'article L. 135, bien qu'identique à celle de l'article L. 91, lui est grandement préférable sur le plan théorique, justement parce que l'article L. 91 tend à faire du conseil d'administration un simple organe de surveillance...

Section 2. — **Aptitudes morales.**

275. — Une attitude de méfiance s'impose envers les personnes dont la volonté juridique n'est pas saine. C'est ainsi que l'on fermera l'accès au directoire ou au conseil de surveillance pour les personnes qui font l'objet de mesure d'interdiction ou de déchéance. Ce type de prévention tend de nos jours à s'amplifier, alors que s'atténue considérablement la suspicion, finalement proche, qui pesait traditionnellement sur les étrangers.

§ 1 : Interdictions et déchéances;

§ 2 : Nationalité.

(62) D. Bastian, *J.-Cl. Sociétés*, fasc. 130-2, n° 35.
(63) M. Gegout, *Filiales et groupements de sociétés*, p. 191 et s.

§ 1. — Interdictions et déchéances.

276. — Les interdictions et les déchéances ont pour but commun d'écarter ceux qui en sont frappés du directoire et/ou du conseil de surveillance d'une société anonyme, tout en pouvant résulter de l'exercice des fonctions de membres de ces organes (64).

Les différences entre les deux types de sanctions se sont considérablement atténuées avec la loi n° 72-1126 du 29 décembre 1972 (65), retouchée par la loi n° 75-624 du 11 juillet 1975 (66). Le juge a désormais le pouvoir de moduler la durée ou les effets des interdictions pénales, il peut même décider de les supprimer (art. 55-1 C. Pén.). Avant 1972, l'interdiction résultait de plein droit de certaines condamnations; c'est encore le cas si le juge ne se prononce pas sur le problème.

La déchéance est toujours facultative : le juge la prononce à la suite d'une procédure particulière intentée par le syndic en cas de fautes lourdes du dirigeant social (art. 11 et 12 du décret-loi du 8 août 1935). La déchéance porte sur le droit d'administrer ou de gérer toute société : elle empêche donc le déchu d'accéder au directoire, qui dirige (art. L. 119) mais non au conseil de surveillance, qui ne fait que contrôler (67) (art. L. 128).

De même, les interdictions pénales (68) résultant de l'article 6 du décret-loi du 8 août 1935 et de l'article 2 de la loi du 30 août 1947 portent seulement sur « le droit de diriger, administrer, gérer à un titre quelconque une société par actions » et ne ferment donc l'accès que du seul directoire, comme l'interdiction prévue à l'article L. 501, al. 3.

En effet, l'incapacité pénale d'exercer les fonctions de membre du conseil de surveillance, formulée par les textes de 1935 et 1947 ne vise que l'organe qui porte ce titre dans la société en commandite par actions. L'interprétation stricte s'impose : ces textes ne sont donc pas applicables à l'accès au conseil de surveillance des sociétés anonymes.

Les interdictions et déchéances applicables aux membres du directoire sont assorties de sanctions pénales (art. 8 et 9 du décret-loi du 8 août 1935, art. 6 de la loi du 30 août 1947), mais le législateur a omis de préciser les sanctions civiles.

En l'absence de nullité expresse (et compte tenu du fait qu'ici, l'art. L. 360, al. 2, n'est pas applicable), certains estiment que la nomination et les actes doivent rester valables et que seule peut être encourue une responsabilité pour faute de l'interdit, et s'ils en avaient connaissance, de ceux qui l'ont nommé (69).

(64) V. *infra*, n° 460.

(65) V. J. Robert, La loi du 29 décembre 1972 et l'évolution du droit pénal, *J.C.P.* 1973, I, 2525; P.-J. Doll, Les récentes modifications légales simplifiant et complétant la procédure pénale..., *Gaz. Pal.* 1973, 1, Doctr. 70; G. Roujou de Boubée, Le nouveau régime des interdictions professionnelles, *D.* 1973, Chron. 275.

(66) V. J. Robert, Les lois du 11 juillet et du 6 août 1975 en matière pénale, *J.C.P.* 1875, I, 2729; A. Jauffret, obs. à la *Rev. Trim. Dr. Com.* 1975, 794.

(67) Dans ce sens : B. Piédelièvre, Le directoire et le conseil de surveillance des sociétés anonymes de type nouveau, *Gaz. Pal.* 1968, 1, Doctr. 94, spé. n° 66; M.-J Coffy, Le nouveau type d'administration des sociétés anonymes, *J. Not.* 1971, p. 1265, n° 35; J.-J. Caussain, *J.-Cl. Sociétés*, fasc. 133-D, n° 20. Comp. Ripert et Roblot, t. I, n° 1325.

(68) V. Hémard, Terré et Mabilat, t. I, n^{os} 818 et s., p. 705; M. Delmas-Marty, *Droit Pénal des affaires*, Thémis, 1973, p. 473; Patin, Caujolle, Aydalot et Robert, *Droit pénal général et législation pénale appliquée*, Paris, 1969, p. 174 et s. Pour les interdictions particulières à certaines activités (banques, assurances...) v. D. Bastian, *J.-Cl. Sociétés*, fasc. 130-2.

(69) H. Solus, La réforme du droit des sociétés par les décrets-lois de 1935 et 1937, n° 170, Paris 21 janv. 1948, *J.C.P.* 1948, II, 4407, n. D. Bastian.

Mais la jurisprudence s'est aussi prononcée différemment. Un arrêt de la Cour d'Appel de Rouen ne reconnaît aucun effet à une assignation « lancée à la requête d'une personne agissant ès qualités de président-directeur général d'une société », car cette personne se trouvait interdite de plein droit par une condamnation pour émission de mauvaise foi de chèques sans provision (70). Cette solution est rationnelle, et peut-être faut-il penser que le mot interdiction rendra de lui-même impossible l'exercice des fonctions de membre du directoire (71) et donc la nomination à ces fonctions (ce qui revient à une nullité).

277. — Aux interdictions prononcées par le juge pénal, il faut ajouter, depuis la loi du 13 juillet 1967, les interdictions que décident les juges consulaires, en application des articles 105, 108 et 109 de cette loi, et dont le ministère public surveille l'application et poursuit d'office l'exécution (72) (art. 112).

Ces interdictions ferment l'accès du conseil comme celui du directoire et sont assorties de sanctions civiles : privation du droit de vote dans les assemblées des personnes morales en état de règlement judiciaire ou de liquidation des biens, et, au gré du tribunal, cessions des actions des dirigeants interdits (art. 111).

Mais aucune disposition n'édicte la nullité des nominations qui contreviennent aux interdictions de la loi du 13 juillet 1967.

Le législateur avait peut-être cru régler le problème, pour l'article 105, en renvoyant aux « déchéances et interdictions applicables aux personnes qui étaient déclarées en état de faillite au sens donné à ce terme antérieurement à l'entrée en vigueur de la présente loi ». Cela rend applicable l'article 8 du décret-loi du 8 août 1935, via l'article 6, al. 3, du même texte. Mais la loi du 13 juillet 1967 a précisément abrogé cette disposition, comme elle a abrogé l'article 1-12° de la loi du 30 août 1947.

Il semble difficile d'admettre qu'une sanction puisse résulter d'un texte abrogé (parût-il faire double emploi avec un autre...) auquel renvoie un texte nouveau. A moins d'estimer que la sanction « va de soi », la nullité d'une nouvelle nomination ne semble pas encourue par l'interdit. Et l'on a même pu dire que ce dernier « n'encourt aucune pénalité pour le seul fait d'avoir violé l'interdiction qui le frappait » (73).

Cependant, les tiers bénéficient d'une certaine protection (74) puisque les décisions qui entraînent l'incapacité ou l'interdiction de gérer, d'administrer ou de diriger une société commerciale (le texte oublie le terme « contrôler »), sont mentionnées d'office au registre du commerce. De plus, il y a une chance pour que le greffier refuse d'enregistrer la nomination des interdits. En outre, sanction paradoxale, la violation de l'interdiction est un cas de faillite personnelle (art. 106-5 et 107-1 de la loi du 13 juil. 1967)... Enfin, la sanction pénale de banqueroute simple peut avoir un certain effet dissuasif (art. 127-6 pour les commerçants personnes physiques interdits antérieurement), d'autant que cette

(70) Rouen 12 nov. 1971, *D.* 1972, Somm. 141.

(71) Rappr. HÉMARD, TERRÉ et MABILAT, t. I, n° 871, p. 747 (pour les administrateurs).

(72) Néanmoins, un arrêt a estimé que « ces interdictions ont un caractère purement civil et constituent seulement une sanction disciplinaire ». Nîmes 16 oct. 1974, *D.* 1975, Somm. 110.

(73) V. F. DERRIDA, Un vide législatif à combler, *D.* 1968, Chron. 95; A propos de la faillite personnelle, *D.* 1975, Chron. 201. Aj. R. HOUIN, *Encycl. Dalloz,* sociétés, v. *Faillite, règlement judiciaire, liquidation des biens,* n° 507; M. Alliot, La faillite personnelle et les autres sanctions civiles, in : *Faillites, banqueroutes, liquidations des biens, faillites personnelles,* Dalloz, 1970, 391. V. aussi T. Cor. Nanterre 24 juin 1975, *Rev. Jur. Com.* 1977, 65, n. M. SAINT-CENE; — Paris 14 avril 1976, *D.* 1977, I.R. 310, obs. J.-C. BOUSQUET.

(74) ARGENSON et TOUJAS, n°s 1419 et s., t. II. V. art. 27, I, 1 et 30-1° du décret n° 67-237 du 23 mars 1967.

condamnation entraîne de plein droit la faillite personnelle et l'interdiction... (art. 126 de la loi du 13 juil. 1967).

Le problème serait réglé si les articles 62 à 64 du projet n° 2510 passaient en force de loi.

L'administration fiscale est sans doute mieux pourvue en moyens pour faire respecter l'interdiction posée à l'article 1750 du Code Général des Impôts (75), qui s'étend probablement aux membres du directoire, mais pas aux membres du conseil de surveillance. A moins que ceux-ci, hypothèse exceptionnelle, n'exercent leur fonction à titre professionnel.

§ 2. — Nationalité.

278. — En principe, les étrangers peuvent librement appartenir à un directoire ou à un conseil de surveillance. Mais des exceptions existent pour les sociétés — dont nous donnerons quelques exemples — qui ont certaines activités, et sont applicables tantôt à toutes les fonctions, tantôt à celle de gestion, tantôt à celle de représentation de la société. Parfois le législateur n'a pas défini le champ d'application de l'interdiction en définissant la nature des fonctions, mais il a cité des titres précis : « administrateur », par exemple, on peut se demander à qui appliquer ces interdictions, s'il y a lieu de les transposer. Enfin, certaines fonctions ne peuvent être exercées par les étrangers que s'ils sont munis de la carte de commerçant étranger.

279. — D'abord, certaines sociétés ne peuvent avoir d'étrangers ni dans leur directoire, ni dans leur conseil de surveillance : c'est le cas des sociétés qui produisent et vendent des explosifs (76). Dans d'autres, un étranger ne peut être membre du directoire : ainsi les sociétés bancaires, dont « la direction, l'administration ou la gestion sont interdites à un étranger » (77), ou les sociétés d'exploitation minière outre-mer; mais l'interdiction porte sur le poste de président du conseil d'administration ou la majorité du conseil; peut-être convient-il seulement de restreindre la participation des étrangers à une minorité au directoire (78). Mais l'hypothèse elle-même est bien rare ! Enfin, les étrangers ne peuvent être ni président du directoire, ni directeur général, lorsqu'ils ne peuvent avoir la signature sociale : sociétés concessionnaires de travaux publics ou travaillant pour la défense nationale (79), sociétés produisant du matériel de guerre (80).

280. — C'est également la signature sociale qui est le critère pour l'exigence de la carte de commerçant étranger (81). Elle est requise du « président du conseil d'administration ou du ou des directeurs généraux d'une société anonyme », et du « président du directoire, et, le cas échéant, du directeur général unique et des directeurs généraux d'une société anonyme » (82). De

(75) V. Crim. 12 mai 1976, *Rev. Soc.* 1977, 117, n. B. Bouloc.
(76) V. art. 6 du décret n° 71-753 du 10 sept. 1971.
(77) V. art. 49 de la loi n° 51-582 du 24 mai 1951.
(78) V. le décret n° 58-9 du 2 janv. 1958.
(79) V. les art. 1er et 2 du décret-loi du 12 nov. 1938.
(80) V. le décret du 14 août 1939 (réd. décret n° 58-856 du 24 août 1958).
(81) Comp. B. Piédelièvre, art. préc., n. 67; Hémard, Terré et Mabilat, t. I, n° 1059, p. 935; M. Fahim, Le directoire dans les sociétés anonymes soumises aux art. 118 à 150..., *Rev. Soc.* 1969, 57, n° 8.
(82) Art. 5, *c* et *d* du décret du 2 févr. 1939 (réd. décret n° 69-987 du 27 oct. 1969). Pour les dirigeants de fait, v. Cass. Crim. 4 juil. 1956, *Bull. Crim.* n° 934; *D.* 1956, p. 720; — T. Cor. Seine 7 nov. 1961, *Rev. Trim. Dr. Com.* 1962, 81, obs. R. Houin.

larges exceptions sont instaurées par l'ordonnance n° 69-816 du 28 août 1969, qui supprime l'exigence de la carte pour les ressortissants du Marché Commun.

Certains renseignements visant, s'ils sont étrangers, le président du directoire, le directeur général unique et les directeurs généraux, doivent figurer sur la demande d'immatriculation (ou de rectification) de la société au registre du commerce (83). Il doit être indiqué également la nationalité des autres membres du directoire et membre du conseil de surveillance (84).

(83) Art. 11, al. 2-9°, *d*, du décret n° 67-237 du 23 mars 1967 (réd. décret n° 69-1108 du 5 déc. 1969).
(84) L'art. 11, al. 2-8°, renvoie à l'art. 9-4° du décret n° 67-237.

CHAPITRE DEUXIEME

APTITUDES FONCTIONNELLES

281. — Les fonctions occupées par ailleurs sont un élément essentiel dans la sélection des membres du directoire et des membres du conseil de surveillance. Certains cumuls sont encouragés, d'autres limités, d'autres interdits.

Ces dispositions donnent un bon éclairage sur le système juridique mis au point par les textes. Elles « polarisent » les fonctions à l'intérieur de la société et elles renseignent sur les échanges avec l'extérieur de la société. Elles sont fondées à la fois sur la nature des fonctions et la nature de la société, qu'elles contribuent à faire apparaître.

Section 1 : Fonctions exercées au sein de la société;

Section 2 : Fonctions exercées en dehors de la société.

Section 1. — Fonctions exercées au sein de la société.

282. — La société anonyme de type nouveau réunit divers organes (directoire, conseil de surveillance, assemblées, commissaires aux comptes) auxquels on peut ajouter les salariés (non de l'entreprise, mais de la société elle-même). A ces organes correspondent différentes fonctions qui sont protégées par un principe de spécialité qui rend certaines incompatibles avec d'autres.

Il y a des fonctions radicalement incompatibles : membre du directoire et membre du conseil de surveillance; ces deux fonctions et celle de commissaire aux comptes de la société, ou de représentants de la masse des obligataires (art. L. 296-4° et L. 309).

D'autres fonctions sont parfois incompatibles : salarié et membre du conseil de surveillance.

D'autres sont parfaitement compatibles : membre du directoire et salarié, membre du directoire et actionnaire.

D'autres enfin doivent être simultanées : membre du conseil de surveillance et actionnaire.

La diversité de ces solutions correspond à une conception relativement classique de la complémentarité des spécialités. L'on distingue donc aisément l'harmonie de ces accords, mais leur mise en œuvre fait appel à des techniques juridiques qui manquent parfois de clarté et souvent d'unité.

§ 1 : Appartenance simultanée au directoire et au conseil de surveillance;

§ 2 : Fonctions de commissaire aux comptes de la société;

§ 3 : Fonctions de salarié de la société;

§ 4 : Fonctions d'actionnaire de la société.

§ 1. — L'appartenance simultanée au directoire et au conseil de surveillance.

283. — Dans le système classique, le président du conseil d'administration est tout à la fois administrateur (art. L. 110), mandataire du conseil et doté séparément des mêmes pouvoirs (com. les art. L. 98 et L. 113) que le conseil.

La formule nouvelle désire éviter une si fâcheuse « confusion des pouvoirs et des hommes » (1). Elle cherche donc à obtenir qu'une même personne ne puisse à la fois surveiller la gestion et gérer elle-même la société. L'intention est claire et louable, mais la mise en œuvre ne va pas sans obscurités, l'article L. 133 dispose en effet qu' « aucun membre du conseil de surveillance ne peut faire partie du directoire ». Le législateur a donc bien vu le problème posé par la nomination d'un membre du conseil de surveillance au directoire (I); mais celui de la nomination d'un membre du directoire au conseil de surveillance n'a pas été clairement abordé (II). En définitive, c'est l'ensemble du dispositif d'incompatibilité qui devrait être revu (III).

I. — La nomination d'un membre du conseil de surveillance au directoire.

284. — Elle est permise, et cela se justifie parfaitement : les membres du conseil sont au courant des affaires de la société, peut-être autant que les salariés, mais avec une optique différente, parfois plus proche des nécessités de la direction.

Cependant, cette nomination ne peut entraîner l'appartenance simultanée à chacun des deux organes. L'article D. 98 décide que le membre du conseil de surveillance nommé au directoire devra cesser ses fonctions au conseil. La règle joue automatiquement. Point n'est besoin de démission ou de révocation.

Cependant, la cessation n'intervient pas immédiatement lors de la nomination au directoire, puisqu'il faut attendre « l'entrée en fonction » du nouveau membre (art. D. 98). Il semble donc exister un laps de temps durant lequel est possible l'appartenance simultanée : entre la nomination au directoire et l'entrée en fonction du nouveau membre.

Le directoire fonctionnant en permanence, on peut penser que ce laps de temps doit être nul ou infime. Mais n'est-il pas possible au conseil de surveillance, qui désigne les membres du directoire, d'allonger cette période ?

Cela permettrait de mettre en réserve un ou plusieurs membres du directoire qui entreraient immédiatement en fonction lors du départ d'un autre membre. La lettre du décret ne l'interdit pas, de même que rien n'indique si les membres nommés mais non entrés en fonction sont décomptés parmi les membres du directoire pour obéir à la limite de l'article L. 119 (cinq membres au plus).

Toutefois, une telle solution se heurte à l'esprit de la réglementation dans son ensemble, qui exige une claire distinction des fonctions et donc de ceux qui les exercent. L'expression « faire partie du directoire » de l'article L. 133 est plus nette que celle de l'article D. 98, elle ne fait pas de distinction entre la

(1) J. DERRUPPÉ, *Cours de droit des affaires*, 2e année de licence en droit, 1974-1975, p. 191.

nomination et l'entrée en fonction. Reculer cette dernière trop longtemps est donc condamnable; on ne saurait par ce moyen tourner les règles relatives au nombre des membres du directoire, ni cumuler des rémunérations. D'ailleurs, l'accord du nouveau membre sur ses rémunérations serait considéré comme une entrée en fonction, et il ne peut être question de rémunérer un membre qui n'exerce aucune fonction.

II. — La nomination d'un membre du directoire au conseil de surveillance.

285. — Cette nomination devrait, elle aussi, être permise; elle rentre en effet dans la logique de la société à directoire, puisqu'elle assure le renouvellement de l'équipe de gestion en maintenant la continuité dans la politique globale de la société. Elle donne la possibilité de ménager l'amour-propre des anciens membres du directoire en leur prouvant la reconnaissance de la société (2).

Une interprétation *a contrario* de l'article 133 pourrait laisser croire qu'en l'absence de démission ou de révocation du membre du directoire, ce dernier peut continuer à siéger au conseil de surveillance. Ce qui n'est pas expressément interdit est permis. D'autant que l'article D. 98 n'envisage qu'une seule hypothèse, la nomination d'un membre du conseil au directoire (3).

Pourtant, admettre la présence de membres du directoire au conseil de surveillance revient à ruiner l'édifice aussi sûrement qu'admettre la présence de membres du conseil au directoire ! En outre, les termes de la loi, à la différence de ceux du décret, ne considèrent pas l'antériorité des fonctions (ce qui serait s'il était prévu qu'un membre du conseil « ne peut devenir » ou « ne peut être nommé ») mais leur simultanéité (« faire partie de »).

Le principe de l'incompatibilité ne peut donc faire de doute. Il n'en va pas de même pour sa sanction.

286. — En effet, s'il est clair que le membre du conseil de surveillance nommé au directoire termine son mandat au conseil dès son entrée en fonction au directoire, le sort fait au membre du directoire nommé au conseil de surveillance ne découle pas évidemment des textes.

Il y a deux possibilités : quitter le directoire ou quitter le conseil.

On peut invoquer la lettre de l'article L. 133 en faveur de la première solution : le nouveau membre du conseil de surveillance ne peut faire partie du directoire. Mais comment quitter le directoire ? Ce n'est pas la nomination au directoire qui peut être nulle : elle est antérieure à la nomination du conseil. Il semble plus logique de décider la cessation automatique des fonctions au directoire au moment de l'entrée en fonction au conseil. Ce serait la réciproque de l'article D. 98. Mais cette solution donne à l'assemblée générale des actionnaires la possibilité de se passer de la proposition du conseil pour faire sortir quelqu'un du directoire : il suffit de nommer l'intéressé membre du conseil de surveillance. De plus, le membre du directoire obligé de quitter son poste perd la protection pécuniaire liée à la révocation (art. L. 121). Il est vrai qu'il peut refuser sa nomination au conseil.

Ces obstacles peuvent faire pencher pour la deuxième possibilité : quitter le conseil. Mais aucun texte particulier ne vient rendre sans effet la nomination

(2) V. *Rev. Fiduc.*, mars 1973.
(3) Hémard, Terré et Mabilat, t. I, n° 1065, p. 939.

au conseil tant que le membre concerné n'a pas cessé ses fonctions au directoire. Il faut donc accepter la nullité de toute nomination de membre du directoire au conseil de surveillance; l'assemblée devra toujours attendre la démission de l'intéressé du directoire pour pouvoir le nommer au conseil de surveillance.

III. — Critique.

287. — Le législateur n'a pas prévu les conséquences des deux types de sanctions que nous venons d'étudier, la cessation automatique des fonctions dans un cas, la nullité de la nomination dans l'autre.

L'absence de nullité des délibérations du directoire ou du conseil de surveillance est souhaitable si l'on observe la gêne qui pourrait résulter de sanctions aussi sévères, alors que les fautifs sont au courant des affaires sociales et qu'on avait déjà reconnu leur compétence par une première nomination. On pourrait donc se contenter de faire restituer les rémunérations et d'engager la responsabilité des intéressés et des organes qui ont contribué à la situation. Mais il sera délicat d'établir le préjudice.

La nullité des délibérations s'impose cependant si l'on considère que des sanctions aussi faibles ne sauraient prévenir le cumul. De plus, le caractère impératif de l'article L. 133 n'est pas douteux, il engendre l'application de l'article L. 360, al. 2. Enfin, cette nullité tient à l'essence même de la société à directoire, qui ne peut tolérer la surveillance par soi-même ou la gestion sans contrôle.

Il vaudrait mieux, pour arriver avec plus de certitude à ce résultat, revoir la formulation ambiguë de l'article L. 133.

288. — Probablement, le législateur français s'est-il inspiré de trop près en cette occasion de la règle allemande (« un membre de l'Aufsichtsrat ne peut être en même temps membre du Vorstand », Aktg 105). Cette solution n'a pas satisfait les auteurs du projet de société anonyme européenne. Pour l'article 69-1 de ce texte « aucun membre du directoire ne peut faire partie du conseil de surveillance ».

Logique partielle dont il vaudrait mieux sortir en disposant, comme par exemple pour les députés et sénateurs, que les deux fonctions sont incompatibles. Et préciser ensuite où commence et où se termine l'incompatibilité, et quelle en est la sanction, avec toutes ses conséquences. La cessation automatique des fonctions du membre du directoire nommé au conseil ne ferait plus de doute. Elle est la meilleure solution : l'intéressé est protégé puisqu'il peut refuser sa nomination; et si l'assemblée se passe de la proposition du conseil pour faire « sortir » un membre du directoire, il est peu probable que la majorité qui a décidé cela soit très différente de celle qu'il plaira à l'assemblée d'installer au conseil...

289. — Ainsi renforcée, l'incompatibilité s'accommoderait peut-être d'une exception telle qu'en instaure le droit allemand (Aktg 105, al. 2) et que reprend le projet C.E.E. (art. 73-4) : le conseil de surveillance aurait la possibilité, pour un délai d'un an au maximum, de nommer au directoire un ou plusieurs de ses membres en remplacement d'un membre du directoire empêché ou défaillant.

Cette règle a plusieurs mérites. Elle permet au membre du directoire de retrouver facilement son poste après un empêchement passager; elle permet à la société d'assurer la continuité de la gestion sans bouleverser la composition du conseil et en disposant d'un choix très large de personnes (il est vrai que le choix est déjà grand...). Enfin, l'atteinte qu'elle porte à la séparation des fonctions

est atténuée par le fait que, durant le remplacement, le membre du conseil de surveillance ne pourra participer aux travaux du conseil.

On voit mal quels avantages la solution française actuelle peut avoir en comparaison de la solution allemande. Elle a en revanche des inconvénients certains : si l'on veut remplacer le membre du directoire défaillant, il faut d'abord qu'il démissionne ou que l'assemblée générale le révoque, sur proposition du conseil de surveillance; ensuite, si le conseil de surveillance veut le remplacer par l'un de ses membres, ce dernier devra quitter son poste et ne pourra le retrouver que s'il démissionne du directoire et se fait nommer à nouveau au conseil par l'assemblée générale. La rigidité de ces solutions est évidente, à la mesure d'une conception trop stricte de la séparation des pouvoirs. Or il existe, dans le droit français lui-même, sur d'autres points, des atténuations peut-être plus importantes que celle-ci (cf. art. L. 128, al. 2).

On peut en outre reprocher au législateur français de n'avoir pas suivi le modèle allemand à un autre point de vue, celui des sociétés liées. La loi allemande interdit aux membres du conseil de surveillance d'une société A de devenir membres du directoire d'une société B dans laquelle un ou plusieurs membres du conseil de surveillance sont membres du directoire de A (4).

Le Parlement a peut-être vu dans cette disposition une règle propre au droit des groupes de sociétés, qui ne fait pas encore l'objet d'un dispositif d'ensemble en droit français. Mais des dispositions semblables existent déjà dans la loi de 1966 (ex. art. L. 220 pour les commissaires aux comptes). Et la loi du 6 janvier 1969 utilise une technique proche à propos des administrateurs et des membres du conseil de surveillance (art. L. 92 et L. 136).

§ 2. — Fonctions de commissaire aux comptes de la société.

290. — Les commissaires aux comptes ne peuvent être nommés au directoire de la société qu'ils contrôlent moins de cinq ans après la cessation de leurs fonctions (art. L. 221) (4 *bis*). La loi du 24 juillet 1966 ne fait pas la même interdiction pour la nomination au conseil de surveillance. Elle se contente d'énoncer que « ne peuvent être commissaires aux comptes les membres du directoire ou du conseil de surveillance » de la société contrôlée (art. L. 220-1°).

On ne fera pas à cette formulation les mêmes griefs qu'à celle de l'article L. 133. Car des sanctions civiles et pénales sont dûment précisées.

Les sanctions civiles, applicables tant aux membres du directoire qu'à ceux du conseil de surveillance qui enfreignent les dispositions de l'article L. 220-1°, consistent en la nullité de certaines délibérations (art. L. 222) et la restitution des rémunérations indûment perçues. Les délibérations sont celles qui sont prises sur le rapport des commissaires aux comptes nommés ou demeurés en fonction (la loi a donc bien prévu l'irrégularité dans les deux sens) contrairement à l'article L. 220. Il s'agit également des délibérations prises à défaut de désignation régulière des commissaires aux comptes. Toutes ces délibérations sont celles de l'assemblée générale des actionnaires. L'action en nullité des délibérations peut être éteinte par une confirmation expresse de l'assemblée statuant sur le rapport de commissaires régulièrement nommés. Cette confirmation ne peut avoir pour

(4) V. M.-J. Coffy, Le nouveau type d'administration des sociétés anonymes, *J. Not.* 1971, p. 1266, n° 35.

(4 *bis*) Le projet n° 2510 propose d'interdire aussi aux membres du directoire cessant leurs fonctions de devenir avant cinq ans commissaires aux comptes de la société.

effet d'éteindre les actions en responsabilité, tant contre le commissaire que contre l'assemblée qui l'a nommé.

Les sanctions pénales résultent de l'article L. 456 : « sera punie d'un emprisonnement de deux mois à six mois et d'une amende de 2 000 à 40 000 F, ou de l'une de ces deux peine seulement, toute personne qui, soit en son nom personnel, soit au titre d'associé dans une société de commissaires aux comptes, aura, sciemment, accepté, exercé ou conservé les fonctions de commissaire aux comptes nonobstant les incompatibilités légales ».

Les sanctions des article L. 222 et L. 456 ne s'appliquent pas à l'hypothèse envisagée à l'article L. 221, qui peut donner lieu à l'annulation de la nomination au directoire et des actes et délibérations qui s'ensuivent (5).

Les sanctions sont éventuellement complétées par celles de l'article 88 du décret du 12 août 1969, portant statut professionnel des commissaires aux comptes.

291. — L'incompatibilité de l'article L. 220 frappe aussi les fondateurs de la société, les apporteurs en nature et les bénéficiaires d'avantages particuliers, mais pour un temps qui n'est pas déterminé par la durée de leurs fonctions (6).

L'incompatibilité est encore étendue aux « parents et alliés, jusqu'au quatrième degré inclusivement » des membres du directoire et des membres du conseil de surveillance (art. L. 220-2°), ainsi qu'aux personnes et aux conjoints de ces personnes qui reçoivent de ces membres un salaire ou une rémunération à titre quelconque à raison de fonctions autres que celles de commissaires aux comptes.

§ 3. — Fonctions de salarié de la société.

292. — Les gérants des sociétés de personnes et ceux des sociétés à responsabilité limitée peuvent être salariés de la société qu'ils gèrent. Les administrateurs, à la différence de leur président, n'avaient pas avec évidence le droit de passer avec la société un contrat de travail : l'article 2, al. 2, de la loi du 16 novembre 1940 posait de délicats problèmes d'interprétation (7). Mais la jurisprudence avait fini par admettre le cumul d'une fonction de directeur technique avec celle d'administrateur (8).

L'article L. 93 ne fait plus de distinction entre les administrateurs et leur président. Il instaure un système restrictif destiné seulement à favoriser la promotion sociale sans « étouffer » le conseil par les salariés. Mais il soulève aussi des difficultés d'interprétation (9).

La société à directoire ne connaît pas les mêmes problèmes, car elle obéit à des règles différentes. Les membres du directoires peuvent être salariés de la société (I) alors que le cumul est en principe interdit aux membres du conseil de surveillance, en attendant la réforme de l'entreprise (II).

(5) Rép. Min. Just. à M. Lafay, *J.O.*, Déb. Ass. Nat., 7 déc. 1973, p. 6740. Comp., pour un P.D.G., Soc. 20 oct. 1976, *Rev. Soc.* 1977, 277, n. J.G.; *Rev. Trim. Dr. Com.* 1977, 525, obs. R. Houin; *Bul. Cons. Nat. Com. aux comptes*, 1976, 461, n. E. Du Pontavice.

(6) Y. Guyon, Le statut des commissaires aux comptes, *J.-Cl. Sociétés*, fasc. 134-A, n° 41.

(7) D. Bastian, Du cumul des fonctions d'administrateur et de directeur technique, *J.C.P.* 1941, I, 188; Hamel et Lagarde, t. I, n° 642, p. 765.

(8) Cass. Soc. 17 avril 1958, *Bull.* IV, p. 368, n° 498; — Paris 8 févr. 1965, *D.* 1965, 714; *J.C.P.* 1965, II, 14398.

(9) B. Piedelièvre, Le cumul d'un mandat social et d'un contrat de louage de services, *J.C.P.* 1968, I, 2805; E. Du Pontavice, Le cumul d'un contrat de travail avec la qualité d'organe de la société, *J. Not.* 1971, art. 50256; Hémard, Terré et Mabilat, t. I, n°s 841 et s.

I. — Membres du directoire : le cumul est permis.

293. — Cette solution résulte de l'article L. 121, al. 2 : « au cas où l'intéressé (membre du directoire) aurait conclu avec la société un contrat de travail, la révocation de ses fonctions de membre du directoire n'a pas pour effet de résilier ce contrat ». Toutes les hypothèses de cumul sont donc permises : un salarié peut être admis au directoire et un membre du directoire peut devenir salarié de la société. Mais ce dernier cas obéit à une condition particulière (A) qui s'ajoute à des conditions communes avec le premier cas (B).

A. — Condition particulière lorsqu'un membre du directoire devient salarié de la société.

294. — Le contrat étant passé avec la société, il doit faire l'objet d'une procédure d'autorisation et de contrôle (art. L. 143, 145, 146 et 147), car il ne s'agit pas d'une opération courante conclue à des conditions normales (art. L. 144). L'annulation du contrat de travail ne pourrait résulter que d'une fraude ou de l'action prévue à l'article 147, al. 1er, si un vote de l'assemblée ne l'a pas éteinte.

Si la nomination et la passation du contrat de travail sont simultanées, y a-t-il lieu d'appliquer la procédure de l'article L. 143 ? (10). Le problème ne doit pas pouvoir se poser puisque l'action de nomination (par le conseil de surveillance) et le contrat de travail (entre le membre du directoire et le directoire, par l'intermédiaire de son président ou d'un directeur général) sont des actes distincts. L'un précède l'autre, nécessairement. Si l'on veut éviter la procédure d'autorisation et de contrôle, il suffit de faire précéder le contrat de travail, ne serait-ce que d'un laps de temps infime : aucun délai d'antériorité n'est exigé, à la différence de l'article L. 93.

B. — Conditions communes.

295. — La première : dès que le cumul existe, toute modification du contrat de travail, ainsi que son renouvellement, doivent faire l'objet d'une procédure des articles L. 143 et suivants (11).

La seconde : l'exigence d'un emploi effectif. Cette condition ne résulte pas directement d'un texte comme l'article L. 93. Toutefois, la distinction faite par l'article L. 121, al. 2, entre le contrat de travail et les fonctions de membre du directoire indique bien que peut s'appliquer ici (12) la jurisprudence ancienne qui exigeait des administrateurs un contrat « réel et sérieux », bien différencié des fonctions sociales (13). Cette jurisprudence cherchait à éviter le cumul indu des rémunérations, le maintien d'une apparence au regard des droits social et

(10) E. Du Pontavice, art. préc. n° 92.

(11) Cf. pour un président du conseil d'administration, Limoges 19 mars 1971, *Rev. Trim. Dr. Com.* 1971, 712, obs. R. Houin; *J.C.P.* 1972, II, 17029, n. J.-J. Burst; *Rev. Soc.* 1972, 487, n. M. Guilberteau.

(12) H. Labord, *Directoire et conseil de surveillance*, Dunod, 1969, p. 27.

(13) MM. Despax et Pelissier estiment que l'article L. 121 diminue considérablement les risques de contrat fictif. *La gestion du personnel, Aspects juridiques*, t. I, Cujas, Paris, 1973, p. 152. V. Ripert et Rolot, t. I, n° 1288; — Rennes 28 mars 1973, *J.C.P.* 1974, II, 17743, n. H. M. Synvet; *Rev. Soc.* 1974, 708, n. J.-J. Burst. Comp. M. Trochu, L'entreprise : antagonisme et collaboration du capital et du travail, *Rev. Trim. Dr. Com.* 1969, p. 688. Mais les avantages grandissants de la législation sociale rendent très intéressante la passation d'un contrat de travail et laissent prévoir une augmentation des litiges (v. n° 438, n. 46 et s.).

fiscal et le désir de contourner la règle de la révocabilité *ad nutum*. Sur les deux premiers points, rien n'a changé, mais le troisième s'est modifié. En effet, les membres du directoire peuvent obtenir des dommages et intérêts s'ils ont été révoqués sans juste motif, et conservent leur contrat de travail malgré la révocation (art. L. 121). Il est donc facile aux membres du directoire de se prémunir contre les conséquences d'une révocation, si leurs fonctions salariées sont effectives et s'il n'y a pas contre eux une cause réelle et sérieuse de licenciement (v. n^{os} 406 et s.).

Lorsque l'emploi ne correspond pas à des fonctions réelles et sérieuses, il y a lieu de prononcer la nullité du contrat de travail. Les conditions de cette nullité peuvent être décelées aussi bien en cours de fonctions qu'au moment de la passation du contrat, lorsque les conditions stipulées ont nettement pour effet de tourner les règles de révocation des membres du directoire.

Une clause des statuts peut-elle écarter la possibilité du cumul ? Le conseil de surveillance n'est certes jamais tenu de nommer des salariés au directoire, ni d'approuver les contrats que ce dernier passe avec ses membres. Mais l'assemblée générale n'a pas les moyens d'empêcher une nomination ou la passation d'un contrat de travail (cf. art. L. 146, al. 1er). On ne peut attribuer à l'organe qui fait les statuts un pouvoir que la loi réserve au conseil de surveillance.

II. — Membres du conseil de surveillance : le cumul est en principe interdit.

A. — Le principe de l'interdiction.

296. — La loi ne contient pas, pour le conseil de surveillance, de disposition analogue à l'article L. 93 qui limite le cumul d'un contrat de travail et d'un mandat d'administrateur. Certains en ont déduit que le cumul n'était pas interdit (14).

Mais on a fait valoir l'illogisme de la situation, qui revient à donner à un subordonné un pouvoir de contrôle permanent (et parfois un pouvoir d'autorisation) sur son employeur (15). Cet argument ne saurait suffire, puisque le cumul est permis pour les administrateurs et les membres du directoire eux-mêmes (16).

Cependant, les adversaires du cumul ont trouvé un argument beaucoup plus solide dans le texte de l'article L. 142, qui interdit aux membres du conseil de surveillance de recevoir de la société aucune rémunération, permanente ou non, autre que celles visées aux articles L. 140 (jetons de présence et, jusqu'en 1977, tantièmes) et L. 141 (rémunérations exceptionnelles), toute clause contraire étant réputée non écrite et toute décision contraire étant nulle. Ainsi, les membres du conseil ne peuvent-ils pas recevoir de salaire, et donc être titulaires d'un contrat de travail avec la société .

En outre, l'article L. 142, parallèle à l'article L. 107 relatif aux rémunérations des administrateurs, ne fait pas réserve de dispositions analogues à celles de l'article L. 93.

(14) B. Piedelièvre, art. préc., n. 9, n° 19; R. Plaisant et P. Delaisi, *Encycl. Dalloz*, v° *Directoire et Conseil de surveillance*, n° 109.

(15) Mercadal et Janin, n° 1601.

(16) Ripert et Roblot, t. I, n° 1238, p. 740; J. Derruppé, Cours polycopié, 3^{e} année Dr. Commercial, 1973-1974, p. 278.

La majorité de la doctrine (17) a été sensible à ces arguments et se prononce pour l'interdiction du cumul.

Des réponses ministérielles sont allées dans le même sens (18).

297. — Un auteur a cherché à montrer qu'une autre solution était possible (19). En premier lieu, l'argument tiré de l'article L. 107 ne vaut pas, puisque si l'article L. 142 ne fait pas la même réserve, c'est parce qu' « aucun article, dans le cas du conseil de surveillance ne restreint la faculté de cumul ». Seulement cet argument peut être invoqué dans les deux sens suivant la conclusion que l'on tire de l'absence d'un article analogue à l'article L. 93. Tout ce qui n'est pas interdit est permis, ou bien, ce n'est pas la peine de faire un texte parce que la question est déjà réglée par l'article L. 142 lui-même.

En second lieu, il faut écarter l'objection selon laquelle un membre du conseil de surveillance ne peut recevoir de salaire de la société : M. Du Pontavice estime que le salaire peut être reçu de l'entreprise, « dont la société n'est que le support occasionnel, pour des tâches intéressant l'entreprise » (20).

Seulement, une telle distinction entre l'entreprise et la société est encore loin d'être admise. Dans l'entreprise actuelle, le pouvoir émane du capital à travers la société, qui a la personnalité morale. Quelles qu'aient pu être les intentions de René Capitant et de M. Le Douarec à ce sujet, le droit positif s'en tient encore à cette conception.

298. — C'est pourquoi la nomination d'un salarié au conseil de surveillance est nulle, de même que le contrat de travail que passe avec la société un membre du conseil : il s'agit de « décisions contraires » au sens de l'article L. 142, al. 3. La démission d'office du membre du conseil est donc écartée (21).

Les délibérations du conseil auxquelles aurait participé un membre frappé par l'interdiction de l'article L. 142 doivent-elles être annulées ? Le silence de ce texte s'oppose ici à la précision contenue dans l'article L. 92 relatif aux administrateurs, qui écarte ces sanctions. Toutefois, la rigueur ne devrait s'imposer ici que lorsque le salarié aura effectivement voté les décisions du conseil (22). La présence des délégués du comité d'entreprise avec voix consultative nous semble justifier cette solution.

(17) RIPERT et ROBLOT, t. I, n° 1328, p. 740; R. HOUIN et F. GORÉ, *D.* 1967, Chron. p. 121, spé. n° 42; D. BASTIAN, *J.C.P.* 1968, I, 2183, n° 497; HÉMARD, TERRÉ et MABILAT, t. I, n° 1120, p. 981; de JUGLART et IPPOLITO, 2e vol., 3e éd., p. 423; J.-L. AUBERT, La révocation des organes d'administration des sociétés commerciales, *Rev. Trim. Dr. Com.* 1968, 977, n° 13; J.-J. CAUSSAIN, Le directoire et le conseil de surveillance dans la nouvelle société anonyme, th. Paris, 1968, dactyl., p. 117; J. GARCIN, La société anonyme avec directoire et conseil de surveillance, th. Lyon, 1971, p. 59; J. BURGARD, *Direction générale et direction technique des sociétés anonymes,* n° 313; B. OPPETIT et A. SAYAG, *Les structures juridiques de l'entreprise,* p. 189, n° 251.

(18) Rép. Min. Just. à M. Mainguy, *J.O.*, Déb. Ass. Nat., 9 août 1969, p. 2029, et à M. Delorme, *J.O.*, Déb. Ass. Nat., 17 janv. 1970, p. 125 : « L'article 142 décide en fait l'incompatibilité entre les fonctions de salarié et celles de membre du conseil de surveillance. » Mais l'incompatibilité ne s'étend pas aux fonctions exercées dans une filiale (Rép. Min. Just. à M. Neuwirth, *J.O.*, Déb. Ass. Nat., 8 janv. 1972, p. 17). Et un ancien salarié, même retraité (par exemple en tant que membre du directoire), peut devenir membre du conseil de surveillance de la société qui l'a employé. V. J. LEBLOND, Du cumul des fonctions de membre du conseil de surveillance et de la situation de retraite d'une société anonyme, *Gaz. Pal.* 2-4 mai 1976.

(19) E. DU PONTAVICE, *art. préc.*, n. 9, n°s 101 et 102.

(20) *Ibid.*, n° 102.

(21) Comp. H. LABORD, préc. p. 69; E. DU PONTAVICE, préc. p. 1043, n° 106.

(22) Comp. HÉMARD, TERRÉ et MABILAT, t. I, n° 1120, p. 983; H. LABORD, préc. p. 69; E. DU PONTAVICE, préc., n° 107.

Enfin, le membre du conseil de surveillance devra restituer le salaire qu'il a indûment perçu; et le salarié devra restituer les rémunérations.

Toutes ces difficultés pourront être évitées, dans le cas d'un salarié nommé au conseil de surveillance, si l'on suspend son contrat pour la durée de ses fonctions au conseil (23). Mais il ne faut pas que cette solution ait pour but de tourner la révocabilité *ad nutum* des membres du conseil (24) : l'emploi devra donc être distinct des fonctions sociales, ce qui n'est pas difficile dans le cas du conseil de surveillance.

Notons qu'ici, les obstacles logiques à la suspension du contrat de travail s'évanouissent d'autant plus facilement (25) que ce n'est pas le cumul qui est interdit en premier chef, mais la perception d'un salaire.

Cela dit, les salariés d'autres sociétés, et notamment des sociétés mère ou filiales, peuvent être nommés membres du conseil de surveillance (26).

B. — Les exceptions apportées par des lois postérieures a 1966.

299. — La loi n° 73-1196 du 27 décembre 1973, relative à la souscription et à l'acquisition d'actions des sociétés fait sienne l'opinion dominante (27) en apportant des dérogations au principe du non-cumul.

La première de ces dérogations résulte de l'article 15 de la loi. Il écarte l'application de l'article L. 142 en faveur des salariés « nommés au conseil de surveillance des sociétés répondant ou non à la définition de l'article 208-9 de la loi du 24 juillet 1966, dans lesquelles l'Etat détient plus de 50 % du capital social ou dans lesquelles des entreprises publiques et éventuellement l'Etat détiennent, conjointement ou séparément, plus de 50 % du capital social ».

Les sociétés visées sont donc les sociétés d'économie mixte qui auraient pris la forme à directoire; peu importe qu'elles aient consenti ou non des options de souscriptions ou proposé des achats d'actions à leurs salariés.

Par cette mesure, les sociétés d'économie mixte peuvent montrer la voie en matière de participation et de promotion du personnel aux postes de contrôle. Mais le texte s'oppose à ce que des membres non salariés passent un contrat de travail : la dérogation ne joue qu'en faveur des « salariés nommés » au conseil de surveillance.

300. — Une deuxième dérogation au principe du non-cumul provient de l'article 16 de la loi n° 73-1196 du 27 décembre 1973, qui ajoute un alinéa à l'article L. 142 (28) : « toutefois, l'interdiction qui précède n'est pas applicable aux salariés de la société détenteurs d'actions nominatives souscrites en application des dispositions des articles L. 208-9 et suivants, ou membres du conseil de

(23) V. Cass. Com. 20 nov. 1962, J.C.P. 1963, éd. C.I., 71658; *D.* 1963, 230; J. Bardoul, Le cumul de la direction générale et d'une direction technique dans une société anonyme, *D.* 1964, Chron. 273; E. Du Pontavice, art. préc., n° 105; P. Delaisi, Le cumul dans la législation actuelle d'un mandat social et d'un emploi salarié au sein d'une même société anonyme, *Gaz. Pal.* 1975, 1, Doctr. 90. Comp. pour un administrateur, Rennes 14 janv. 1975, *Rev. Trim. Dr. Com.*, 1976, 140, obs. R. Houin.

(24) Cf. B. Piédelièvre, art. préc., n° 16; J. Burgard, ouvr. préc., n° 310; J.-J. Burst, note sous. T. Com. Nantes 31 janv. 1974, *Rev. Soc.* 1974, 737.

(25) V. J. Pélissier, Réflexions à propos de la suspension du contrat de travail, *Mél. A. Brun*, 1975, p. 427; G.-H. Camerlynck, *Traité de droit du travail*, t. I, *Contrat de travail*, p. 223, n° 125; P.-D. Ollier, *Le droit du travail*, p. 120 et s.

(26) Rép. Min. Eco et Fin. à M. Neuwirth, *J.O.*, Déb. Ass. Nat., 8 janv. 1972, p. 17.

(27) En ce sens, R. Houin, obs. *Rev. Trim. Dr. Com.* 1974, p. 110; P. Delaisi, art. préc.

(28) Le nouvel alinéa s'insère entre les deux qui existaient déjà dans l'art. L. 142, ce qui rend applicables les sanctions du dernier alinéa aux nouvelles dispositions.

surveillance du fonds commun de placement par l'intermédiaire duquel des actions ont été souscrites en application des mêmes dispositions ».

Les sociétés visées sont celles qui ont distribué au moins deux dividendes au cours des trois derniers exercices et dont les actions sont inscrites à la cote officielle d'une bourse française, ou dont les actions, admises à la négociation du marché du marché hors cote, ont fait l'objet d'au moins 50 cotations de transactions sur au moins 1 200 titres (Paris) ou 600 (province) au cours de l'année civile précédant l'assemblée générale extraordinaire qui décide l'admission (art. L. 208-9) (29). Admirons au passage la simplicité de ce critère formaliste. Il s'agit en pratique de sociétés d'une certaine importance même si le critère choisi peut en théorie concerner de très nombreux cas.

Les salariés des sociétés définies à l'article 208-9 peuvent accéder au conseil de surveillance dans deux hypothèses; ils seront détenteurs d'actions souscrites en application des dispositions des articles L. 208-9 et suivants s'ils ont souscrit eux-mêmes (l'assemblée peut alors imposer une condition d'ancienneté — art. L. 208-11 1°), ou s'ils ont acquis des actions souscrites dans ces conditions (mais elles sont incessibles pendant cinq ans à dater de leur souscription — art. L. 208-16, al. 1er).

Si les salariés ont acquis directement des actions dans les conditions prévues à l'article L. 208-18, ils échappent à l'application de l'article L. 142, al. 2 nouveau, et ne peuvent être nommés au conseil : la loi vise les actions souscrites et non les actions acquises (art. L. 142, al. 2). Cette différence s'explique mal (30). On la retrouve dans la deuxième hypothèse où la nomination d'un salarié au conseil est possible : lorsque le salarié est membre du conseil de surveillance du fonds commun de placement qui a souscrit les actions.

L'article L. 142, al. 2 nouveau, ne permet pas aux membres du conseil de surveillance de devenir salariés de la société, puisqu'il est nécessaire d'être déjà salarié pour souscrire aux actions de l'article L. 208-9 (31).

D'autres exceptions ont encore été apportées dans des secteurs très précis : l'article L. 142 n'est pas applicable aux salariés des sociétés de conseils juridiques (art. 62 de la loi n° 71-1130 du 31 déc. 1971), à ceux des sociétés exploitant un laboratoire d'analyses de biologie médicale (art. 756-II du Code de la Santé Publique, réd. loi du 11 juil. 1975), et enfin aux membres du conseil de surveillance des sociétés coopératives agricoles (art. 10 du décret n° 72-1025 du 7 nov. 1973).

Ces exceptions ont dans l'ensemble un champ d'application restreint. De plus, elles n'amènent pas nécessairement des salariés aux conseils de surveillance, et, en tout cas, elles n'organisent pas la représentation de l'ensemble des salariés.

C'est dire que, dans le droit actuel, la société anonyme à directoire ne semble pas remplir de façon suffisante son rôle de champ d'expérience de la participation (32).

C. — Comment faire représenter les salariés au conseil de surveillance ?

301. — D'autres solutions visant à introduire des salariés au conseil de surveillance de la société anonyme méritent d'être examinées, tant que le droit positif n'aura pas évolué sur ce point.

(29) J. Richard, Souscription et acquisition d'actions par les salariés de sociétés dont les actions sont cotées ou font l'objet de transactions sur le marché hors cote d'une bourse française de valeurs, *J.C.P.* 1974, éd. C.I., 3847.

(30) R. Houin, obs. *Rev. Dr. Com.* 1974, p. 110. Aj. *Bul. Inf. Soc.* 1974, p. 401.

(31) Hémard, Terré et Mabilat, t. II, n° 673, p. 541.

(32) J. Derruppé, *Cours de droit des Affaires*, 1974-1975, p. 197.

On a imaginé qu'une association, composée en tout ou en partie de salariés, pourrait être représentée par un mandataire qui serait élu au conseil. Au député qui l'invitait à donner son point de vue sur cette solution, le garde des Sceaux a répondu que trop d'inconvénients juridiques étaient à surmonter (33) : éviter que ne soit tournée la règle du non-cumul et que ne se posent des problèmes juridiques délicats, relatifs aux « dépôts d'actions de garantie » (*sic*), à la nomination par l'assemblée générale et à la représentation des personnes morales.

Ces objections ne sont pas insurmontables.

D'abord, l'interdiction portée par la loi ne vise que la perception d'un salaire par les membres du conseil de surveillance; or l'association ne reçoit rien de tel, puisque la personnalité morale la rend distincte de ses membres.

Ensuite, la nomination par l'assemblée générale n'est pas un obstacle de droit, seulement un obstacle de fait; rien n'empêche les « capitalistes » de choisir une association de salariés. D'ailleurs, beaucoup de sociétés ont des salariés actionnaires; le législateur l'encourage et en tire certaines conséquences (v. plus haut).

Pour déposer des actions, l'association doit en posséder. Cela lui est-il possible ? Oui, puisqu'elle « peut acquérir librement des biens meubles, sans aucune limitation » (34), c'est-à-dire, entre autres, constituer un portefeuille de valeurs mobilières (35).

Enfin, les problèmes posés par la représentation d'une personne morale sont tranchés d'une manière qui ne s'oppose nullement à la solution de M. Delorme. Ainsi, n'importe quel mandataire non salarié peut être choisi, il sera responsable pénalement et civilement, sans préjudice de la responsabilité de l'association qu'il représente (36).

Mais il reste le problème de savoir si une association peut avoir pour objet l'exercice des fonctions de membre du conseil de surveillance. Même si le mandat est gratuit, l'activité du conseil, organe de la société, est une activité lucrative. Même s'il ne s'agissait que d'éviter une perte, le groupement des salariés se situerait sur le terrain des sociétés (art. 1832 C. Civ., réd. loi du 4 janv. 1978).

Certes, une association qui a un autre objet peut faire partie d'un conseil de surveillance puisqu'elle a la capacité civile (37); mais une association qui a pour seul objet de siéger au conseil ne respecte pas l'article 1er de la loi du 1er juillet 1901 (38).

302. — Le comité d'entreprise de la société peut-il être membre du conseil de surveillance ?

En faveur de cette hypothèse, on peut avancer plusieurs arguments. D'abord, le comité a la personnalité civile et un patrimoine distinct de l'entreprise, patrimoine qui peut comprendre des valeurs mobilières (39). Ensuite, le comité peut choisir un représentant permanent qui ne reçoive pas de salaire de la société, car il peut embaucher un personnel distinct de celui des l'entreprise. Enfin, on peut remarquer que les attributions économiques du comité sont prévues en termes larges.

(33) Rép. Min. Just. à M. Delorme, *J.O.*, Déb. Ass. Nat., 17 janv. 1970, p. 125.
(34) Demogue, Capacité d'acquérir des associations déclarées, *Rev. Trim. Dr. Civ.* 1931, p. 1.
(35) J. Léonnet, *Encycl. Dalloz*, v° *Association*, n° 44.
(36) Cf. *supra*, n°s 250 à 265.
(37) J. Léonnet, art. préc., n° 17 (une telle association peut être administrateur).
(38) R. Plaisant et P. Delaisi, *Encycl. Dalloz*, v° *Administrateur*, n° 22; D. Bastian, *J.-Cl. Sociétés*, fasc. 130-2, n° 21.
(39) G.-H. Camerlynck et G. Lyon-Caen, *Droit du Travail*, Dalloz, n° 397.

Pourtant, ces attributions, prévues dans le détail pour l'article 3 de l'ordonnance du 22 février 1945, feraient double emploi avec celles des actionnaires et celles des membres du conseil de surveillance. Mais surtout, il semble bien que le législateur ait entendu écarter la nomination du comité d'entreprise en tant que tel. Sinon, pourquoi aurait-il instauré (art. 3, al. 15 de l'ordonnance) une représentation du comité d'entreprise au conseil de surveillance, par deux ou trois membres qui n'ont qu'une voix consultative ?

III. — Vue d'ensemble.

303. — On peut trouver illogique que le cumul soit permis au directoire alors qu'il ne l'est pas au conseil de surveillance. Les conceptions de René Capitant et de M. François Le Douarec expliquent cette différence.

Ils entendaient en effet ne choisir les membres du directoire que parmi les salariés de la société et ne prendre au conseil de surveillance que des actionnaires.

Le directoire — à l'époque, comité de direction — était vu comme une équipe de directeurs généraux (40). A M. Cousté, qui lui demandait si deux au moins des membres du comité de direction étaient des directeurs généraux, René Capitant répondit : « ils le sont tous » (41).

Cette conception, déjà différente de celle du droit allemand (42), trouva un adversaire en la personne du sénateur Dailly. Réclamant pour la formule nouvelle un « habit à la française », il désirait que l'on évite de « s'en remettre exclusivement à des technocrates d'entreprise » (43). On ouvrit donc l'accès du directoire aux non salariés, le directoire étant composé de membres et non plus seulement de directeurs généraux (art. L. 119, al. 1er) (44). Néanmoins, certains continuent d'estimer que le directoire ouvre le règne des technocrates, en pensant, en particulier, à l'amenuisement de leurs responsabilités (45). D'autres pensent, en revanche, que « le législateur français a souhaité que les entreprises de dimensions moindres optent (à cause du cumul) pour la formule du directoire » (46).

A cette conception des cadres dirigeant l'entreprise, se soudait la conception d'un conseil de surveillance « chargé de représenter et de défendre les intérêts des actionnaires » (47) et celle d'un comité d'entreprise tendant à devenir « un second organe de contrôle du comité de direction » (48).

Il s'agissait donc, justement, de ne pas introduire des salariés au conseil de surveillance, comme le fait le droit allemand. Cette solution aurait eu « le grave inconvénient de confondre en un seul deux organes qui doivent rester

(40) Art. 112-2, al. 1er, du projet n° 1003, *J.O.*, Documents Ass. Nat., 1964-1965.

(41) *J.O.*, Déb. Ass. Nat., 8 juin 1965, p. 1868. Il s'agissait d'expliquer la formule : « La société anonyme et dirigée par un comité de direction composé de deux directeurs généraux au moins. »

(42) V. R. Sinay, La société anonyme de type nouveau du projet de loi français sur les sociétés commerciales, *Gaz. Pal.* 1966, 1, Doctr. p. 50, spé. n° 32. Aj. l'opinion du garde des Sceaux de l'époque, M. Jean Foyer, *J.O.*, Déb. Sénat, 22 avril 1966, p. 251.

(43) *J.O.*, Déb. Sénat, 22 avril 1966, p. 251.

(44) Comp. art. L. 126, al. 2 (directeurs généraux représentant la société sur habilitation du conseil de surveillance).

(45) V. R. Rodière, *Groupements commerciaux*, n° 200, p. 200.

(46) J.-P. Berdah, *Fonctions et responsabilités des dirigeants des sociétés par actions*, B.D.C., t. 27, n° 67, p. 83.

(47) Rapport Le Douarec, n° 1368, p. 34.

(48) *Ibid.*, p. 35.

distincts » (49). Les auteurs de l'amendement entendaient mettre en place une structure qui se prêterait à « la réforme de l'entreprise » : une incitation était prévue par l'article 112-14 du projet : « le conseil de surveillance et le comité d'entreprise peuvent constituer des commissions paritaires mixtes pour examiner toutes les questions relatives à la marche de l'entreprise. Ils peuvent tenir, éventuellement, des réunions communes. »

Ces timides pléonasmes étaient faits pour attirer les oppositions : l'article 112-14, qui ne comportait pourtant aucune obligation, fut vigoureusement attaqué par des hommes de toutes tendances. Il passa sans commentaires la première lecture à l'Assemblée Nationale, mais la commission sénatoriale le supprima. Le rapporteur de cette commission, M. Dailly, fit d'abord remarquer que la liberté de réunion n'étant pas interdite, cette disposition n'apportait rien. Mais l'objectif de René Capitant, « donner un jour au personnel des droits juridiques (*sic*) égaux à ceux des actionnaires » (50) abordait la « réforme de l'entreprise » dont la commission sénatoriale ne voulut pas connaître « dans un texte qui ne visait que la réforme des sociétés » (51). Et le sénateur Méric mit en évidence toutes les arrière-pensées politiques de ce refus (52).

Le rapport de la commission de l'Assemblée Nationale pour la deuxième lecture (53) reprenait quand même l'article 112-14 sous sa forme primitive, à la demande de René Capitant (54). Les députés discutèrent cette fois-ci (55). Pour M. Collette, on confondait deux choses qui doivent rester parfaitement distinctes, « l'instauration d'un système dualiste séparant les fonctions de direction et contrôle, d'une part, et la participation du personnel à la gestion de l'entreprise, d'autre part ». M. Georges Germain faisait valoir que les comités d'entreprise ne sont responsables ni devant les tiers, ni devant le conseil d'administration ou l'assemblée générale. Et M. Fanton reprenait l'idée de M. Dailly qu'il est « superflu d'autoriser quelque chose qui n'est pas défendu ».

Là-dessus, l'amendement de René Capitant réinsérant l'article 112-14 ne fut pas adopté, et ce texte disparut définitivement.

304. — Ce débat montre dans quel esprit le Parlement abordait les intentions réformistes de René Capitnant. Le législateur a peut-être commis une erreur en ne pensant qu'à l'irruption des salariés dans le contrôle et en oubliant l'intérêt du cumul d'un contrat de travail et d'une fonction de membre du conseil de surveillance. Or, cet intérêt se montre puissant dans les petites sociétés anonymes, où il faut pouvoir utiliser les compétences d'un nombre restreint de personnes.

Du travail parlementaire était donc issu un conseil de surveillance qui reste exclusivement l'organe des actionnaires; la société à directoire se trouvait donc en retrait par rapport à la formule classique, puisque deux représentants du comité d'entreprise siègent au conseil d'administration avec voix consultative (art. 3 de l'ordonnance du 22 févr. 1945).

Cette omission fut réparée avant même d'entrer dans le droit positif, puisqu'on profita de la loi du 18 juin 1966 sur les comités d'entreprise pour aligner le conseil de surveillance sur le conseil d'administration, dans l'article 3 de l'ordonnance (art. L. 432-4 C. Trav.).

(49) *Ibid.*, p. 35.
(50) *J.O.*, Déb. Ass. Nat., 8 juin 1965, p. 1866.
(51) *J.O.*, Déb. Sénat, 14 avril 1966, p. 123.
(52) *J.O.*, Déb. Sénat, 22 avril 1966, p. 259.
(53) Rapport n° 1812, *J.O.*, Doc. Ass. Nat., 1966, p. 1140.
(54) Rapport n° 1812, préc. p. 1140.
(55) *J.O.*, Déb. Ass. Nat., 10 juin 1966, p. 1937.

Mais on peut encore prétendre que les salariés sont mieux lotis dans le type classique, étant donné la compétence plus large du conseil d'administration.

305. — De toute manière, la « participation » résultant de l'article L. 432-4 du Code du Travail reste bien modeste (55 *bis*). La voix des délégués salariés n'est pas délibérative (et une clause des statuts qui se prononcerait dans ce sens serait nulle selon l'art. L. 142, *in fine*). Aucune sanction n'est portée contre les délibérations prises en l'absence des délégués. Certes, la jurisprudence annule des délibérations prises sans que les délégués du comité d'entreprise aient été convoqués dans les formes. Mais cette solution (56), acquise avant 1966, est moins évidente désormais, malgré un récent arrêt (57). En effet, l'article L. 360, al. 2, ne fournit de sanctions qu'aux textes de la loi du 24 juillet 1966. Il n'en fournit pas à l'ordonnance de 1945, ni même au décret n° 67-226 du 23 mars 1967 (58), pris en application de la loi de 1966, à moins d'une prévision expresse (art. L. 173, par exemple). Aussi la nullité n'est-elle pas encourue, faute de textes. Et rien n'empêche le conseil de surveillance de tenir au préalable une réunion officieuse dont la réunion officielle ne fera qu'entériner les conclusions (59).

Cette absence de sanction pourrait être compensée par une inculpation des dirigeants pour délit d'entrave au fonctionnement régulier des comités d'entreprise (60). L'article 24 de l'ordonnance du 22 février 1945, désormais article L. 463-1 du Code du Travail, dessine très largement les contours de ce délit, constitué par toute omission d'une formalité contraire à la loi sur le comité d'entreprise. La jurisprudence considère que l'élément intentionnel du délit résulte de la simple violation des prescriptions légales (61).

Ces inconvénients n'ont pas empêché le décret du 15 novembre 1973 (62) (n° 73-1046) de poursuivre dans la même voie : c'est désormais quatre délégués qui peuvent assister aux réunions des conseils d'administration ou de surveillance lorsqu'il y a trois collèges électoraux dans l'entreprise (63). Deux délégués pour le collège employés et ouvriers, un délégué pour la maîtrise, un délégué pour les cadres et assimilés. Il y a trois collèges électoraux lorsque l'entreprise compte au moins vingt-cinq cadres ou assimilés ou lorsqu'un accord collectif le prévoit. Sinon, la représentation reste de deux délégués. Cet accroissement de la participation est simplement numérique : les sanctions ne sont pas retouchées, et le vote reste consultatif. On a surtout cherché à promouvoir la participation des cadres, peut-être au détriment de l'unité des salariés de l'entreprise.

306. — Le rapport Sudreau relance une fois de plus le débat de la participation. Il propose, tout d'abord, un élargissement des dispositions prises par la loi du 27 décembre 1973 (art. L. 142, al. 2), en levant l'interdiction faite aux

(55 *bis*) Comp. avec les projets récents : Rép. Min. Trav. à M. Bo.leau, *J.O.*, Déb. Sénat, 29 avril 1978, p. 669.

(56) Paris 24 oct. 1960, *D.* 1961, 97, n. A. Dalsace; *J.C.P.* 1961, II, 11972, n. D. Bastian; *Rev. Soc.* 1961, 284, n. A. Dalsace. V. aussi R. Plaisant et P. Delaisi, *Rép. Soc.*, v° *Conseil d'administration*, n° 22; J. Burgard, Conseil d'administration et comité d'entreprise, *Rev. Soc.* 1961, 379.

(57) Com. 17 févr. 1975, *D.* 1975, 466, n. J.-C. Bousquet, *J.C.P.* 1975, II, 18105, n. J. Savatier; *Rev. Trim. Dr. Com.* 1975, 549, obs. R. Houin. Aj. Reims 10 nov. 1975, *Bul. Inf. Soc.*, 1976, § 53, p. 76; *Rev. Trim. Dr. Com.* 1976, 142, obs., R. Houin.

(58) Mercadal et Janin, n° 3750, Rép. Min. Just. à M. Sudreau, *J.O.*, Déb. Ass. Nat., 4 nov. 1970, p. 5074; J.-C. Bousquet, note préc.; B. Oppetit, *Rev. Soc.* 1974, 707. Comp. Rapport de la Cour de Cassation pour 1975, *J.C.P.* 1978, I, 2882, n° 71 (D. Holleaux).

(59) Paris 24 oct. 1960, préc.

(60) J. et A.-M. Larguier, Le délit d'entrave aux fonctions des représentants du personnel, *Dr. Soc.* 1967, 550; Escarra et Rault, t. IV, n° 1463; J.-C. Bousquet, note préc.

(61) M. Cohen, *Le droit du comité d'entreprise*, L.G.D.J., 1975, p. 898.

(62) V. art. L. 432-4 C. Trav. (dernier alinéa).

(63) V. M. Cohen, préc. p. 544.

salariés de la société, de siéger au conseil de surveillance « lorsqu'ils sont devenus actionnaires de celle-ci par le mécanisme de l'intéressement ou par l'acquisition directe de titres en bourse » (64). Précisons que le même rapport envisage un développement consistant de l'actionnariat des salariés.

Par ailleurs, le rapport Sudreau préconise la participation obligatoire des salariés dans le conseil de surveillance des sociétés anonymes qui comptent plus de deux mille salariés. Cette « cosurveillance », que nous avons étudiée plus haut dans l'optique la plus générale de la société anonyme (65), n'apporterait probablement pas de grands bouleversements au niveau de l'aptitude à devenir membre du conseil. Elle n'entraîne *a priori* pas d'autre exception à l'incompatibilité qu'en faveur des salariés dûment désignés. Les autres salariés seraient donc maintenus à l'écart du conseil, et il resterait interdit aux membres « actionnaires » de passer avec la société un contrat de travail.

Il est possible qu'un système plus souple soit retenu, notamment si la composition du conseil de surveillance n'est pas autoritairement fixée par la loi. Dans ce cas, les salariés pourraient bénéficier librement d'une nomination au conseil. Une telle solution conviendrait peut-être mieux à l'optique d'une véritable assimilation entre les deux types de cosurveillants (66).Et l'on pourrait dès lors admettre aussi, dans une certaine mesure, que les membres du conseil de surveillance deviennent salariés.

Nous n'en sommes pas là; pour l'instant, le conseil garde encore très nettement le rôle d'organe des actionnaires.

§ 4. — Fonctions d'actionnaires.

307. — Les gérants des sociétés de personnes (art. L. 12) et des sociétés à responsabilité limitée (art. L. 49, al. 2) ne sont pas nécessairement des associés.

En revanche, les administrateurs de la société anonyme, et leur président, doivent posséder des actions de la société (art. L. 95). Cela n'est pas exigé des directeurs généraux qui ne sont pas administrateurs (art. L. 115).

On peut mettre ces règles en relation avec l'autonomie plus ou moins forte des organes sociaux, qui rend nécessaire ou non cette garantie d'un intérêt porté aux affaires sociales.

La société anonyme de type nouveau oblige à dépasser cette conception. Car les membres de l'organe le plus autonome, le directoire, ne sont pas nécessairement actionnaires (I), alors que les membres du conseil de surveillance doivent posséder des actions de la sociétés (II). Mais aucune de ces deux solutions n'est pleinement satisfaisante (III).

I. — Les membres du directoire « peuvent être choisis en dehors des actionnaires » (art. L. 120, al. 3).

308. — Les pères de la société anonyme à directoire entendaient à l'origine n'ouvrir l'accès du directoire qu'aux cadres de l'entreprise (67). La crainte de la

(64) Chap. V, p. 149.
(65) V. *supra*, n°s 186 et s.
(66) V. *supra*, n° 192, et n. 55 *bis* du présent chapitre.
(67) Rapport Le Douarec, n° 1368, p. 38.

« technocratie » a imposé un choix plus large (68), et pour la première fois dans la société anonyme (69), est consacrée la liberté de choix tant par rapport au cercle des associés que par rapport aux salariés de l'entreprise. Une personne qui n'a jamais fait partie d'aucun de ces deux groupes peut être directement nommée membre du directoire. Elle n'est pas tenue d'acheter des actions. Si elle en possède, elles ne seront pas affectées à la garantie de sa gestion, mais elles devront être mises sous forme nominative (70).

Bien que l'article L. 120, al. 3, emploie l'expression « être choisis », on peut penser qu'un membre du directoire, actionnaire lors de sa nomination, pourrait parfaitement en cours de fonctions céder la totalité de ses actions. Telle semble l'intention du législateur : un membre du directoire peut être ou ne pas être actionnaire.

Les statuts peuvent-ils exiger des membres du directoire qu'ils soient des actionnaires ou même qu'ils déposent des actions de garantie ? Ce serait un retour au régime classique, préférable pour certains (71).

Ce retour ne semble pas incompatible avec certaines règles de la société à directoire. La nomination de non-actionnaires est une simple faculté, réservée à des actionnaires. La responsabilité des membres du driectoire est par ailleurs identique à celle des administrateurs. Le Parlement a supprimé la disposition selon laquelle le directoire doit agir « dans l'intérêt de l'entreprise et de la société » (72) et la définition des pouvoirs du directoire est identique à celle des pouvoirs du conseil d'administration.

Toutefois, une raison semble jouer contre l'existence de la clause : elle limite le choix du conseil, et cette limitation n'est pas consentie par le conseil lui-même, ponctuellement. La clause aboutit au même résultat qu'une convention de vote; mais peut-être n'est-ce pas une raison suffisante pour l'écarter. Les limites internes aux pouvoirs des organes sont décidées librement si elles ne touchent pas à l'essentiel du rôle de ces organes. L'assemblée des actionnaires, *a fortiori* l'assemblée extraordinaire, garde son pouvoir souverain dans l'ordre interne et devrait pouvoir limiter, dans le sens d'une plus grande cohésion à l'intérieur de la société, les pouvoirs de choix du conseil de surveillance.

II. — Les membres du conseil de surveillance doivent être actionnaires.

309. — A ce propos, les textes sont identiques pour les conseils de surveillance et d'administration (art. L. 140 à 132 et art. L. 95 à 97, art. D. 10 et D. 82).

Une différence doit toutefois être remarquée : les actions détenues obligatoirement par les administrateurs « sont affectées en totalité à la garantie de tous les actes de gestion, même de ceux qui seraient exclusivement personnels à l'un des administrateurs » (art. L. 95, al. 2). Une telle affectation n'existe pas pour les actions des membres du conseil de surveillance (art. L. 130).

(68) *J.O.*, Déb. Sénat, 22 avril 1966, p. 251.
(69) M. J. Coffy, Le recrutement des dirigeants de société anonyme en droit français et en droit allemand, th. Strasbourg, 1972, dactyl., p. 31; J.-P. Sortais, *Encycl. Dalloz*, Sociétés, v° *Société Anonyme*, n° 17.
(70) Art. L. 162-1, v. *infra*, n° 424.
(71) V. R. Rodière, *Groupements commerciaux*, n° 200, p. 200.
(72) Art. 112-3 du projet n° 1003, *J.O.*, Déb. Ass. Nat., session 1964-1965.

En principe, le conseil de surveillance ne gère pas et le garde des Sceaux de 1966, M. Foyer, en tirait les conséquences en commentant l'article 112-11 du projet (futur art. L. 130) : « Il ne s'agit pas ici, au sens propre du terme, d'actions de garantie puisque le conseil de surveillance n'encourt pas les mêmes responsabilités qui incombent aux administrateurs. » « Il s'agit d'un nombre minimum d'actions exigées pour établir que les membres du conseil de surveillance portent un intérêt suffisant aux affaires sociales et ne viennent pas, soit comme un passant, soit comme un espion pour le compte d'autrui. » Et M. Dailly de renchérir : « Je suis pleinement d'accord, il s'agit d'actions d'*affectio societatis*. » (73).

Toute clause destinée à faire échapper les membres du conseil à leur obligation d'être actionnaire serait nulle, vu le caractère impératif du texte; mais sans doute faudrait-il accepter la clause qui ferait des actions d'*affectio societatis* des actions de garantie en cas d'immixtion du conseil dans la gestion du directoire.

Pour le reste, c'est-à-dire le nombre, la propriété, le régime des actions et le contrôle des commissaires aux comptes, il convient de se référer au droit applicable aux administrateurs, fort peu modifié en 1966 (74).

On a fait observer du reste que la transposition du régime des actions de garantie ne se justifiait pas en tous points (75). Ainsi ne semble-t-il pas logique de faire attendre aux membres du conseil de surveillance la possibilité de recouvrer librement leurs actions jusqu'à l'approbation des comptes du dernier exercice par l'assemblée générale ordinaire : c'est le directoire qui est tenu de présenter ces comptes, relatifs à la gestion, et le conseil n'est tenu que de faire part de ses observations. Mais c'est à ce moment que l'assemblée peut le mieux juger de l'intensité du contrôle, et si l'on décide le « déblocage » des actions dès la cessation des fonctions des membres du conseil, la solution est la même (art. D. 101). La transposition est logique parce qu'elle est complète.

Si les membres du conseil de surveillance détiennent d'autres actions que les actions d'*affectio societatis*, elles sont soumises aux dispositions de l'article L. 162-1 (mise sous forme nominative ou dépôt en banque).

III. — Critique.

310. — Le régime actuel est critiqué sous deux aspects. D'une part, il fait échapper les membres du directoire à une partie de leur responsabilité (76). D'autre part, l'obligation qui pèse sur les membres du conseil de surveillance n'est qu'illusoire.

(73) *J.O.*, Déb. Sénat, 23 avril 1966, p. 258.

(74) Sur l'article 27 de la loi du 24 juill. 1867, v. LYON-CAEN et RENAUT, n° 815; THALLER et PIC, n° 1107; ESCARRA et RAULT, t. IV, n°s 1363 et s., n° 1372 et s.; HAMEL et LAGARDE, t. I, n° 637. Depuis la loi du 24 juin 1966, v. R. HOUIN et F. GORÉ, *D.* 1967, Chron. préc., p. 137, n° 38; J. DERRUPPÉ, Le régime nouveau des sociétés commerciales, *Gaz. Pal.* 1966, Doctr. 141, spé. n° 66; D. BASTIAN *J.C.P.* 1968, I, 2183, n° 437; RIPERT et ROBLOT, t. I, n°s 1267 et 1268; HÉMARD, TERRÉ et MABILAT, t. I, n° 808; P.-G. GOURLAY, *Le conseil d'administration de la société anonyme*, B.D.C. n° 24, p. 104, n° 175; — Com. 6 mai 1974, *Rev. Soc.* 1975, 81, n. J.H.; *D.* 1975, 102, n. Y. GUYON; *J.C.P.* 1975, II, 18000, n. N. BERNARD; *Rev. Trim. Dr. Com.* 1975, 107, obs. R. HOUIN; — Nancy 26 févr. 1975, *D.* 1975, 653, n. J.-C. BOUSQUET; — Com. 24 févr. 1975, *Rev. Jur. Com.* 1976, 167, n. A. du CHEYRON DU PAVILLON; *Rev. Soc.* 1976, 92, n. B. OPPETIT; *Rev. Trim. Dr. Com.* 1975, 535 et 537, obs. R. HOUIN; — Com. 29 nov. 1976, *D.* 1977, I.R., 446, obs. J.-C. BOUSQUET; *Rev. Trim. Dr. Com.* 1977, 526, obs. R. HOUIN.

(75) HÉMARD, TERRÉ et MABILAT, t. I, n° 115, p. 978.

(76) R. RODIÈRE, *Groupements commerciaux*, n° 200, p. 200.

Ces deux points semblent en partie contradictoires. Mais dire que l'absence d'actions de garantie atténue la responsabilité n'est qu'une vue théorique dans la mesure où ces actions ne sont pas une solution efficace (77). La France est d'ailleurs le seul pays qui continue de les exiger. Il faut supposer que la société est en bonne santé, mais que ses dirigeants font des fautes, et qu'ils ont un nombre d'actions suffisant pour en payer les conséquences. Or la loi interdit aux statuts de fixer un nombre supérieur à dix actions (art. L. 95 et L. 165). La garantie est donc inopérante, sauf si les actions ont un nominal très élevé.

C'est cette même limite qui rend illusoire les actions d'*affectio societatis*. Or on peut se demander si tous les membres du conseil de surveillance (notamment ceux qui apportent leur conseil ou leurs relations) doivent vraiment être actionnaires. L'intérêt aux affaires de la société peut prendre d'autres formes.

En bref, la formule n'est efficace que si les actionnaires ont vraiment la même optique que le législateur (ce qui est rare). Pour cette raison, le système actuel, s'il était maintenu, devrait dépendre d'une clause de statuts. De cette façon, on pourrait aussi concilier cette obligation avec la présence d'une clause d'agrément.

C'est un peu cette solution qu'adopte le droit allemand. Il laisse aux statuts la possibilité de décider que seuls des actionnaires représenteront les actionnaires à l'Aufsichtsrat (78). Mais il ne prévoit aucune disposition semblable pour les membres du Vorstand, dont le statut est proche de celui de nos salariés, et qui peuvent aussi posséder des actions : le Vorstand agit dans l'intérêt du capital et du travail.

La finalité du directoire n'est pas formellement la même, mais il est l'intermédiaire nécessaire entre les actionnaires et l'entreprise. Des non-actionnaires peuvent correctement assurer ce rôle d'arbitre.

Mais d'autres problèmes interfèrent, comme par exemple, celui des pouvoirs en blanc : le contrôle de la société ne doit pas échoir, par ce canal, à des gens qui ne possèdent pas eux-mêmes d'actions. Observons d'ailleurs que la situation est presque identique lorsque l'on possède une, voire dix actions...

Dans ces conditions, les propositions formées dans le projet de loi n° 2510 semblent intéressantes. Il ne s'agit pas d'exiger que les membres du directoire soient choisis parmi les actionnaires, mais seulement que les membres en fonction consacrent une certaine partie de leurs rémunérations à l'achat d'actions. La fonction d'actionnaire n'est donc pas exigée pour accéder au directoire, mais elle découlerait, dans certains cas, de l'exercice des fonctions.

Cela dit, ces solutions ne s'imposent que dans les rares hypothèses, où, en fait, les membres du directoire ne sont pas des actionnaires (79). La souplesse du système de 1966 n'est pas si mal adaptée, puisque ce sont des actionnaires qui choisissent le directoire. L'obligation qui pèse sur les membres du conseil est critiquable, mais elle est rarement gênante. On est loin de la société managérielle qui distingue les compétences et la propriété... Le législateur en a d'ailleurs bien conscience, puisque dans certains cas, il limite ou empêche la cessibilité

(77) B. Piédelièvre, Le directoire et le conseil de surveillance des sociétés anonymes de type nouveau, *Gaz. Pal.* 1968, I, Doctr. p. 103, n° 3. De plus, ces actions constituent une gêne dans l'accès aux conseils, pour laquelle on a dû trouver des palliatifs plus ou moins heureux. V. S. Lachat, La mise à disposition d'actions de garantie, *Rev. Soc.* 1977, 423.

(78) V. Karsten-Schmidt et Durand, Vorstand, Aufsichtsrat, directoire et conseil de surveillance, J.C.P., 1968, éd. C.I., 83447, n° 31.

(79) V. R. Houin, obs. à la *Rev. Trim. Dr. Com.* 1969, p. 1021. Comp. M.-J. Coffy, th. préc., p. 31, pour qui dissocier propriété et gestion correspond à une « réalité sociologique unanimement reconnue ».

des actions des dirigeants sociaux (80), il supprime le droit de vote attaché à ces actions et va même jusqu'à prévoir leur cession forcée (81).

Section 2. — Fonctions exercées en dehors de la société.

211. — Les dirigeants sociaux — au sens large — jouissent en principe de la liberté de choisir les fonctions qu'ils désirent exercer en dehors de la société.

Mais cette liberté est limitée par la loi et peut l'être par le pacte social.

Dans certains cas, il s'agit de protéger la société en tant que système juridique homogène, et cela entraîne la nullité de la nomination soit au directoire, soit au conseil de surveillance, lorsque les membres de ces organes siègent à des fonctions similaires au sein d'autres sociétés anonymes.

Dans d'autres cas, ce n'est pas l'activité sociale que l'on désire protéger, mais l'autre fonction, l'autre système juridique qui la définit. Alors, le législateur édicte des incompatibilités que l'on peut dire externes, et qui sont sanctionnées non par la nullité de la nomination (82) au directoire ou au conseil de surveillance, mais par des mesures propres au statut menacé.

§ 1 : Cumul de sièges;

§ 2 : Incompatibilités externes.

§ 1. — Cumul de sièges.

312. — Aucune limite légale n'affecte le nombre des mandats de gérant de société de personnes ou de société à responsabilité limité que peut détenir une seule et même personne — même si les statuts prévoient fréquemment que les gérants doivent consacrer toute leur activité à la société, ou soumettent à l'autorisation des associés la nomination du gérant à la tête d'une autre entreprise.

La loi du 16 novembre 1940 a imposé une limitation des postes d'administrateurs que peut occuper simultanément une même personne. Les textes de 1966 ont repris et aménagé cette règle, en distinguant les sièges d'administrateurs (le cumul est permis jusqu'à huit sièges, art. L. 92) et ceux de président du conseil d'administration (limités à deux, art. L. 111). Le président étant également administrateur, il ne pourra cumuler plus de six postes d'administrateur avec deux postes de président.

Le législateur a voulu transposer la situation du « P.D.G. » à celle des membres du directoire (I) et celle des administrateurs à celle des membres du conseil de surveillance (II). Le résultat n'est pas à l'abri de la critique, et des améliorations sont projetées (III).

(80) V. *infra*, n° 444. Aj. art. 21 de la loi du 13 juil. 1967.
(81) Art. 111 de la loi du 13 juil. 1967.
(82) J. Leblond, Des incompatibilités existant entre le mandat d'administrateur et certaines fonctions ou professions. *J. Soc.* 1960, 257, art. 6481; R. Plaisant et P. Delaisi, *Encycl. Dalloz*, v° *Administrateur*.

I. — Directoire.

313. — Il fut envisagé, lors des débats parlementaires, de n'autoriser aucun cumul. Pour M. Foyer, il n'était pas « très normal que la même personne exerçât plus d'une fonction de cette nature » (83).

D'un avis différent, le sénateur Dailly, suivi par la Haute Assemblée, aurait voulu que la limitation à deux sièges ne s'appliquât qu'au président du directoire, une personne pouvant occuper huit postes de membre du dirctoire. L'Assemblée nationale et son rapporteur, M. Le Douarec, estimèrent que ce chiffre serait excessif et dénaturerait l'institution (84).

Les règles finalement adoptées présentent deux aspect : l'un porte sur les cumuls de postes de membre de directoire (A), l'autre sur les cumuls de postes de membre de directoire et de président du conseil d'administration (B).

A. — La limitation a deux sièges de membre du directoire.

314. — Elle découle de l'article L. 127, al. 1er, qui prend soin de viser le directeur général unique, mais assez maladroitement; malgré cette maladresse. il faut penser que le membre de deux directoires ne peut devenir directeur général unique d'une troisième société, et que le directeur général unique de deux sociétés ne peut devenir membre du directoire dans une troisième.

La limitation ne porte pas sur toutes les sociétés à directoire, mais seulement sur celles qui ont leur siège social en France métropolitaine. Cela peut constituer une incitation à établir le siège social dans un département ou un territoire d'outre-mer. Encore faut-il que le siège soit réel (85).

La nomination à un deuxième poste de membre du directoire doit être autorisée par le conseil de surveillance de la première société. L'article L. 127 est impératif sur ce point comme sur le précédent. Un président de conseil d'administration n'a pas à recevoir de semblable autorisation.

La différence se poursuit à propos des sanctions. Si une personne occupe plus de deux sièges de membre du directoire ou de directeur général unique, ou si elle n'a pas obtenu l'autorisation du conseil de surveillance pour son deuxième poste, la nomination est nulle, ce qui entraîne la restitution des rémunérations, mais non l'annulation des délibérations (art. L. 127, al. 3).

Pour le président du conseil d'administration, l'article L. 111 procède à un renvoi aux alinéas 2 et suivants de l'article L. 92, relatif au cumul des postes d'administrateur : la sanction est la démission d'office si la situation n'est pas régularisée dans les trois mois. La différence avec le directoire s'explique par l'absence d'une prévention analogue à l'autorisation du conseil de surveillance.

En pratique, la nullité pourra se montrer gênante : une personne membre de deux directoires devra démissionner de l'un de ces sièges si elle veut être élu à un troisième. Or toutes les candidatures ne sont pas assurées du succès, On peut regretter que la loi n° 69-12 du 6 janvier 1969 n'ait pas remplacé la nullité par la démission d'office comme elle l'a fait pour les membres du conseil de surveillance, les administrateurs et leur président.

(83) *J.O.*, Déb. Sénat, 22 avril 1966, p. 256, commentaire de l'art. 112-8 *quinquiès*.
(84) *J.O.*, Déb. Ass. Nat., 10 juin 1966, p. 1939.
(85) *J.O.*, Déb. Ass. Nat., 1er juin 1965, p. 1680; Hémard, Terré et Mabilat, t. I, n° 850, p. 733.

Pas plus que les sanctions, l'article L. 127 ne reprend les dérogations portées par l'article L. 92. C'est tout à fait logique pour les représentants des personnes morales puisque les membres du directoire sont nécessairement des personnes physiques. Mais c'est étonnant pour les participations à vingt pour cent (art. L. 92, al. 3, troisième tiret) dont un administrateur (ou un membre du conseil de surveillance) de la société mère peut détenir cinq mandats en plus des huit déjà autorisés. Cette solution de la loi n° 69-12 du 6 janvier 1969 aurait été étendue aux membres du directoire, si une proposition de M. Dailly (86), votée au Sénat, n'avait été « purement et simplement écartée par l'Assemblée nationale » (87). « On aperçoit mal, écrit M. le doyen Houin, les raisons de ne pas traiter les membres du directoire de la même façon que le président-directeur général, alors que, dans la pratique française, les premiers sont souvent des actionnaires et non des cadres supérieurs. »

Cette opinion doit être nuancée car le fondement de la limitation ne peut-être trouvé dans la détention du capital : il est plutôt dans la conception du rôle du directoire, spécialement dans la disponibilité nécessaire à l'accomplissement de leurs fonctions par chacun des membres.

Le rapport Sudreau reprend l'idée de M. Dailly, sans préciser combien de postes une même personne peut occuper dans les directoires de société d'un même groupe (88).

B. — L'EXTENSION DE LA LIMITATION AU POSTE DE PRÉSIDENT DU CONSEIL D'ADMINISTRATION.

315. — L'article L. 151, al. 2, fait masse des dispositions relatives au président du conseil d'administration et aux membres du directoire (et directeur général unique). Cela signifie qu'une personne qui détient déjà deux postes de l'une et l'autre natures ne peut en occuper un troisième de l'une ou l'autre nature. Mais quel va être le régime de la deuxième nomination et quelles sanctions frapperont la troisième ?

En l'absence de règle expresse, un membre du directoire n'a pas à obtenir du conseil de surveillance l'autorisation de devenir président du conseil d'administration d'une autre société. L'article L. 151, al. 2, ne concerne que la « limitation à deux » et l'article L. 127, al. 2, ne vise que la nomination en tant que membre du directoire ou directeur général unique. Mais les statuts peuvent réparer cette lacune.

En outre, le président du conseil d'administration d'une première société anonyme n'a pas besoin d'être autorisé pour devenir membre du directoire d'une seconde société anonyme.

Si une personne occupe un poste de président du conseil d'administration d'une société et un poste de membre du directoire dans une autre société, la sanction pour une troisième nomination ne sera pas toujours la même : si le troisième poste est un poste de président du conseil d'administration, les sanctions de l'article L. 92, al. 2, sont applicables (démission d'office au bout d'un délai de trois mois); si le troisième poste est un poste de membre du directoire, c'est l'article L. 127, al. 3, qui s'appliquera (nullité de la nomination).

Mais si une personne déjà deux fois président du conseil d'administration ou deux fois membre du directoire se fait nommer respectivement membre du direc-

(86) Annexes 54 et 84, *J.O.*, Sénat, 21 nov. et 3 déc. 1969.
(87) V. obs. R. HOUIN, *Rev. Trim. Dr. Com.* 1969, 1021.
(88) V. p. 110.

toire ou président du conseil d'administration, que va-t-il se passer ? Nous inclinons à penser que l'article L. 111 s'appliquera dans le premier cas (pas besoin d'autorisation préalable) et l'article L. 127 dans le deuxième (le conseil de surveillance exerce son contrôle ou aurait dû le faire).

Notons aussi que si une personne, déjà président du conseil d'administration d'une société A et membre du directoire d'une société B, se fait autoriser un deuxième poste de membre du directoire dans une société C par le conseil de surveillance de la société B, la responsabilité de ce dernier organe pourra être encourue, même s'il ignorait la situation. Car il est normal d'exiger d'un organe de surveillance qu'il connaisse les activités des dirigeants qu'il contrôle « en permanence ». D'ailleurs, la société doit fournir à ses actionnaires l'indication des sociétés où ses dirigeants exercent des fonctions de gestion, de direction, d'administration ou de surveillance (art. D. 135). Mais le préjudice sera difficile à établir parce que les délibérations ne sont pas entachées de nullité (89).

Il existe une exception légale à la limitation à deux postes de l'article L. 151, al. 2. En effet, lorsqu'une personne est à la fois président du conseil d'administration d'une société A et président de cinq autres conseils d'administration de sociétés dont A détient au moins 20 % du capital, on considère qu'elle ne détient qu'un seul mandat de président (art. L. 111 renvoyant à l'art. L. 92) : elle peut, dans ce cas, être nommée membre du directoire d'une autre société (90).

La réciproque ne pourrait se produire en faveur d'un poste de membre du directoire, auquel ne s'appliquent pas les dérogations de l'article L. 92 (91).

Observons d'ailleurs que l'interprétation officielle du renvoi de la dérogation de l'article L. 92 à l'article L. 111 prête le flanc à la critique : elle ne devrait bénéficier au président du conseil d'administration que pour des postes d'administrateur (art. L. 92, al. 3, 3e tiret) dans les sociétés contrôlées à 20 pour 100 : un poste de président plus cinq postes d'administrateur dans des participations seraient comptés pour un seul poste de président, mais cinq postes de président dans les participations seraient illicites, un seulement étant permis.

Les statuts peuvent-ils interdire tout cumul ? Rien ne l'empêche lorsque c'est l'assemblée générale qui nomme directement les organes de gestion. Mais, ici, c'est le conseil de surveillance qui nomme les membres du directoire, et, qui plus est, autorise le cumul. Seulement, le législateur avait bien l'intention de favoriser la solution d'un emploi à plein temps, ce qui conduit à penser que les pouvoirs du conseil en cette matière ne sont pas d'ordre public lorsqu'il s'agit de restreindre davantage la liberté des membres du directoire. Les statuts pourraient donc interdire toute nomination à un autre poste équivalent.

II. — Conseil de surveillance.

316. — Les dispositions légales sont rigoureusement identiques à propos du cumul des sièges, pour les administrateurs et les membres du conseil de surveil-

(89) HÉMARD, TERRÉ et MABILAT, t. I, p. 738, n° 852; J.L., Le cumul des mandats de président du conseil d'administration, *Bul. Inf. Soc.* 1977, 607.

(90) V. Com. A.N.S.A. n° 1615, oct. 1973; obs. R. HOUIN, *Rev. Trim. Dr. Com.* 1973, 807; J.-J. CAUSSAIN, La société avec directoire. Bilan et Perspectives, *J.C.P.* 1977, C.I., 12451, n° 35.

(91) Par exemple, une personne titulaire de deux mandats de président du conseil d'administration ne peut devenir membre du directoire d'une autre société dont le capital est détenu à 20 % par les deux premières. V. Rép. Min. Just. à M. Amic; *J.O.*, Déb. Sénat, 19 juil. 1973, p. 1160; *Rev. Trim. Dr. Com.* 1973, 568, obs. R. HOUIN. De plus, une personne siégeant dans deux directoires ne saurait devenir président du conseil d'administration d'une participation de l'une des deux sociétés dont elle est membre du directoire.

lance (92). Rappelons brièvement le champ d'application et les sanctions de ces dispositions.

A. — Champ d'application.

317. — Quant aux personnes, tous les membres du conseil de surveillance sont concernés, à deux exceptions près. La première concerne les membres dont le mandat est gratuit en application d'une disposition légale ou réglementaire (et non statutaire) (93). La seconde concerne les personnes morales et leurs représentants permanents. Si l'on comprend pourquoi les personnes morales peuvent cumuler les sièges sans limitation, on ne voit pas ce qui justifie cette exemption en faveur des représentants permanents. Leur disponibilité et leur autonomie sont nécessaires pour assurer la valeur de leur participation aux conseils, et cette anomalie contribue à rendre illusoires les limites légales.

Quant aux sociétés, la limitation du cumul s'applique à toutes les sociétés anonymes avec, là encore, deux exceptions et deux cas particuliers.

Les deux exceptions sont relatives, d'une part, aux sociétés de développement régional (94), et, d'autre part, aux sociétés d'études et de recherches tant qu'elles ne sont pas parvenues au stade de l'exploitation (95).

Le premier cas particulier est celui des participation à 20 % : « les sociétés dont le capital est détenu à concurrence de 20 % par une autre société dont les administrateurs ou membres du conseil de surveillance sont déjà administrateurs ou membres du conseil de surveillance, dans la mesure où le nombre des mandats détenus par les intéressés au titre des présentes dispositions n'excède pas cinq » (96).

Il s'agit donc d'une limitation à cinq qui s'ajoute à la limitation à huit, mais qui ne joue que pour les sociétés contrôlées à 20 % par une société mère. Un exemple : le membre du conseil de surveillance de la société A peut être administrateur dans la société B, et avoir six autres mandats dans d'autres sociétés anonymes; il pourra également détenir trois postes dans trois sociétés dont A détient au moins 20 % du capital, et deux postes dans deux sociétés dont B détient au moins 20 % du capital.

Cette extension a pour but « d'harmoniser notre législation à celle de certains états étrangers membres de la communauté économique européenne et notamment à la législation allemande sur les Konzern » (97). Cet impératif semble donc plus important que le désir d'éviter le surmenage des titulaires des postes ou leur trop grande influence. On ne peut pas dire que notre droit aborde les groupes de sociétés sous un angle toujours répressif. Mais, sur le plan de la technique juridique, les articles L. 139 et L. 92 ne retiennent qu'un ensemble limité (98) d'hypothèses de groupes : d'une part, les cinq postes supplémentaires ne peuvent être détenus que dans des sociétés contrôlées; d'autre part, il faut déjà être administrateur ou membre du conseil de surveillance de la société

(92) Art. L. 136 et L. 92, art. L. 151, D. 104, D. 80. Le sénateur Dailly avait pourtant proposé une limite de quinze sièges (*J.O.*, Déb. Sénat, 22 avril 1966, p. 261) et pour M. Foyer, la limitation ne paraissait pas « s'imposer avec la force de l'évidence » (*J.O.*, Déb. Ass. Nat., 8 juin 1965, p. 1870).

(93) P.-G. Gourlay, th. préc., n. 74, n° 179, p. 107.

(94) V. l'amendement Pleven, *J.O.*, Déb. Ass. Nat., 8 juin 1965, p. 1852.

(95) Art. D. 104. Comp. art. D. 101.

(96) Art. L. 136, al. 3, 3°; art. L. 92, al. 3, 3°.

(97) V. J. Richard, Les modifications apportées par la loi n° 69-12 du 6 janvier 1969..., *J.C.P.* 1969, éd. C.I., 85648.

(98) Hémard, Terré et Mabilat, t. I, n° 851, p. 736.

mère. Enfin, le critère de la participation en capital est critiquable (99), que ce soit au taux de vingt pour cent ou à un autre taux.

Un deuxième cas particulier vient limiter l'application des articles L. 136 et L. 92 « diverses sociétés d'assurances ayant la même dénomination sociale ». Dans ces sociétés, particularisées suivant le risque couvert (incendie, vie, accident, etc.) une même personne peut figurer dans tous les conseils de surveillance ou d'administration et cumuler par ailleurs sept autres postes dans des conseils de sociétés ayant une autre dénomination sociale (plus cinq dans les participations).

B. — Sanctions des articles L. 136, L. 91 et L. 151.

318. — Depuis la loi n° 69-12 du 6 janvier 1969, dont l'article 3 a modifié simultanément les articles L. 92, al. 2, et L. 136, al. 2 (100), la démission d'office a remplacé la nullité (101). Encore cette démission n'est-elle réalisée qu'au bout d'un délai de trois mois à dater de la nomination en surnombre. Cela laisse le temps de choisir quel poste on sacrifiera. Il y a lieu à restitution des rémunérations, mais les délibérations auxquelles a participé le membre contrevenant pendant le délai de trois mois, restent valables. Passé ce délai, elles sont entachées de nullité (102).

Comme pour les membres du directoire, tout actionnaire peut prendre connaissance des cumuls exercés par les membres du conseil de surveillance (art. D. 135-1°, D. 138, D. 139).

III. — Critique.

319. — La limitation du cumul des postes de dirigeant social, instaurée en 1940, donne lieu à un débat qui n'est pas proche de sa fin. Les objectifs sont pourtant louables : on désire la pleine disponibilité des dirigeants, qui garantit leur efficacité, leur indépendance et leur responsabilité; on empêche qu'ils ne se livrent à des activités qui se concurrencent entre elles (103); on cherche enfin à éviter qu'ils ne cumulent les rémunérations et l'influence; c'est en cela que les articles L. 127, L. 136 et L. 151 se rattachent au droit des groupes de sociétés.

Malgré cela, la limitation présente des inconvénients dans son principe puisqu'elle ne permet pas toujours une pleine utilisation des compétences et du crédit personnel des meilleurs spécialistes, et qu'elle dilue le pouvoir et les responsabilités. Elle peut être la cause de la présence d'hommes de paille, alors qu'une bonne organisation du travail permet au véritable dirigeant de remplir ses fonctions de façon détournée (104). De plus, malgré l'obligation d'information qui pèse sur les intéressés (104 *bis*), les dépassements ne sont pas toujours connus des sociétés concernées.

(99) R. Rodière, La protection des minorités dans les groupes de société, *Rev. Soc.* 1970, p. 241.

(100) Comp. J.-J. Caussain, *J.-Cl. Sociétés*, fasc. 133-*d*, n° 16; M.-J. Coffy, art. préc. n. 4, n° 34, *in fine;* Hémard, Terré et Mabilat, t. I, n° 1121, p. 983.

(101) V. D. Martin, La démission des organes légaux des sociétés commerciales, *Rev. Soc.* 1973, 273, n° 10.

(102) D. Bastian, *J.-Cl. Sociétés*, fasc. 130-3, n° 103.

(103) Ceci en plus des clauses de non-concurrence et du droit de la concurrence déloyale.

(104) V. J. Bourgeaux, La direction des sociétés anonymes. Etude sociologique, th. Lyon, 1973, dactyl.

(104 *bis*) V. Rép. Min. Just. à M. Valbrun, *J.O.*, Déb. Ass. Nat., 9 juil. 1977; *Rev. Trim. Dr. Com.*, 1977, 525, obs. R. Houin.

Cela dit, les chiffres retenus marquent bien la différence de disponibilité qui sépare, en théorie, les membres du directoire et ceux du conseil de surveillance. La limite fixée pour ces derniers se comprend, car le conseil doit assurer un contrôle permanent (art. L. 128, al. 1er) et se réunit au moins une fois trimestriellement (art. L. 128, al. 4). Pour certains, cependant, cela revient à « atténuer, plus ou moins consciemment, l'originalité du nouvel organe » (105). En réalité, c'est parce que les tâches de gestion du conseil d'administration n'étaient pas suffisamment prenantes et parce qu'il était réduit, en fait, à un rôle de surveillance (106), que la limitation à huit s'est trouvée justifiée. Elle est donc bien dans la logique du conseil de surveillance, plus que dans celle du conseil d'administration. D'ailleurs, dans le cas où le conseil de surveillance tient un rôle dominant dans la société, soit grâce aux statuts, soit en fait par l'influence d'une personne ou d'un groupe, il vaut mieux limiter cette emprise à un nombre restreint de sociétés.

320. — Si les limites numériques choisies par le législateur apparaissent conformes à l'équilibre interne de la société à directoire, on peut relever quand même des défauts dans la mise en œuvre de la limitation numérique, et aussi critiquer sa nature.

D'abord, si l'on exige des organes de gestion qu'ils consacrent tout leur temps à une ou deux sociétés, pourquoi leur permet-on d'être administrateur ou membre du conseil de surveillance dans d'autres sociétés ? Le président du conseil d'administration de deux sociétés pourra occuper six de ces autres postes dans d'autres sociétés anonymes; une personne membre du directoire pourra même occuper, sans autorisation (107), huit postes de membres du conseil de surveillance ou de conseil d'administration dans huit autres sociétés. Il s'agit d'une anomalie, que la rédaction incomplète de l'article L. 151 laisse subsister. Mais l'assimilation au président du conseil d'administration est certainement désirée par le législateur, dans la mesure où elle conduit à une plus grande disponibilité des membres du directoire.

Les statuts peuvent prévenir ces défauts, et limiter ou interdire toute autre activité de gestion sociale (S.A.R.L., société de personnes ou même toute autre activité professionnelle).

Il reste que la limitation numérique est loin de convenir à toutes les situations. Pourquoi ne pas abandonner ce couperet pour un système lié par sa nature à la défense des intérêts en présence ? Ces intérêts sont fort divers, et cela ne facilite pas l'élaboration d'une règle générale. En outre, il ne serait pas inutile de pouvoir atteindre les dirigeants de fait.

Va-t-on protéger exclusivement l'intérêt de la société en adoptant une disposition comparable au paragraphe 88 de l'Aktg (108) ou à l'article 69-2 du projet C.E.E. ? « Un membre du directoire ne peut exercer aucune autre activité professionnelle ni accepter d'être nommé au conseil de surveillance d'une autre société qu'à la condition d'y avoir été autorisé spécialement par le conseil de surveillance. » (Projet européen.)

Cette solution ne tient pas compte du caractère subjectif des décisions du conseil de surveillance. Pour protéger aussi l'intérêt des membres du directoire

(105) HÉMARD, TERRÉ et MABILAT, t. I, n° 1121, p. 985.

(106) V. Y. DJIAN, *Le contrôle de la direction des sociétés anonymes dans les pays du Marché commun*, B.D.C., t. 12. Pour les membres de l'Aufsichtsrat, le cumul permis est de dix sièges.

(107) Malgré un amendement de René Capitant en ce sens, *J.O.*, Doc. Ass. Nat., annexe 1886, p. 1140, art. 112-8 *quinquiès* nouveau, 2 juin 1966.

(108) V. M.-J. COFFY, th. préc., p. 152.

et l'intérêt général, on pourrait édicter le principe d'une obligation de disponibilité, assortie de limitations numériques touchant aussi les dirigeants de fait. Cela permettrait d'atteindre les situations préjudiciables en deçà des actuelles limites légales; on compléterait en réservant les cas des compétences rares.

Le rapport Sudreau (109) réclame un abaissement du maximum, ou, sortant des limitations numériques, un droit de contrôle pour la Commission des Opérations de Bourse. Le critère du contrôle serait le « sérieux de la fonction », ce qui manque de précision et amènerait la C.O.B. à faire œuvre jurisprudentielle. Mais le projet n° 2510 a retenu une hypothèse moins complexe (110) : il préconise de modifier seulement le quantum autorisé dans les articles L. 136 et L. 151, c'est-à-dire, de faire passer le maximum autorisé de huit à cinq sièges pour les membres du conseil de surveillance.

Ces intentions ne seront suivies d'un effet sérieux que si on limite par ailleurs le champ des exceptions, notamment en ce qui concerne le représentant permanent des personnes morales, et peut-être aussi, les filiales et participations.

§ 2. — Incompatibilités externes.

321. — Les incompatibilités externes sont tantôt spéciales à certaines sociétés, tantôt générales, c'est-à-dire applicables à toutes les sociétés anonymes à directoire.

I. — Incompatibilités spéciales.

322. — Les fonctions incompatibles sont déterminées en raison du lien qui existe entre la société à directoire et la société de référence (art. L. 220, commissaires aux comptes), ou en raison de l'activité de la société de référence.

A. — Fonctions de commissaire aux comptes dans des sociétés liées (art. L. 220).

323. — Ce texte édicte toute une série d'incompatibilités dont voici les incompatibilités externes.

a) Les membres du directoire et ceux du conseil de surveillance d'une société à directoire filiale ne peuvent être commissaire aux comptes de la société-mère, ni les parents et alliés de ces membres jusqu'au quatrième degré inclusivement, ni les personnes et les conjoints de ces personnes, qui reçoivent de ces membres un salaire ou une rémunération quelconque à raison de fonctions autre que celles de commissaire aux comptes (art. L. 220, 1°, 2°, 4°).

b) Les membres du directoire et les membres du conseil de surveillance, (et les conjoints de ces personnes), d'une société possédant le dixième du capital d'une société déterminée, ou dont cette société possède le dixième du capital, ne peuvent être commissaires aux comptes de cette société, ainsi que les personnes ou les conjoints de ces personnes qui reçoivent de ces membres un salaire ou une rémunération à raison de fonctions autres que celles de commissaire aux comptes (art. L. 220, 3° et 4°).

(109) Chap. III, I, 3, p. 113.
(110) Art. 15 du projet n° 2510.

Ces dispositions entraînent les sanctions étudiées plus haut à propos de l'incompatibilité interne (art. L. 222, L. 456).

Le législateur a voulu tenir compte des liens d'intérêt qui peuvent nuire à l'impartialité d'un commissaire. Le système adopté n'est pas simple et se trouve doublé, en ce qui concerne les membres du directoire, par une incompatibilité générale d'ordre professionnel (voir plus loin).

B. — INCOMPATIBILITÉS SPÉCIALES A CERTAINES SOCIÉTÉS EN RAISON DE LEURS ACTIVITÉS.

a) *Les Parlementaires et les anciens membres du Gouvernement.*

324. — L'article L.O. 145, al. 1*, du Code Electoral institue une incompatibilité entre le mandat parlementaire et « les fonctions de président et membre du conseil d'administration », « de directeur général et directeur général adjoint », exercées dans les entreprises nationales et les établissements publics nationaux. A la différence de l'article L.O. 146, il ne vise ni les membres du directoire, ni ceux du conseil de surveillance. L'incompatibilité de l'article L.O. 145 ne devrait donc pas s'appliquer à ces personnes (111).

L'article L.O. 146 (112), est applicable au président et aux membres du directoire (la distinction est-elle utile ?) ainsi qu'au président du conseil de surveillance. Ces fonctions sont incompatibles avec le mandat parlementaire lorsqu'elles sont exercées dans certaines sociétés que l'Etat contrôle d'une manière ou d'une autre, d'autres qui ont un objet financier ou qui exercent une activité de promotion immobilière, etc. Les fonctions de membre du conseil de surveillance ne sont pas visées, mais il est par ailleurs interdit à un parlementaire d'être nommé membre du conseil de surveillance de telles sociétés après son élection (art. 16, al. 1er, de l'ordonnance du 24 oct. 1958), et l'article L.O. 146, dernier alinéa, vise les dirigeants de fait « directement ou par personnes interposées ».

Les anciens membres du Gouvernement sont soumis aux mêmes incompatibilités que les parlementaires, pour un délai de six mois à compter de la cessation de leurs fonctions gouvernementales, excepté le cas où ils auraient exercé les fonctions incompatibles avant leur arrivée au Gouvernement (113).

La sanction de ces incompatibilités est la démission d'office du mandat (art. 20 de l'ordonnance du 24 oct. 1958). Notons que le parlementaire doit déclarer quelles activités professionnelles il envisage de poursuivre après son élection, et, en cours de fonction, déclarer ses activités nouvelles. Le Conseil Constitutionnel est alors compétent pour contrôler la compatibilité de ces fonctions avec le mandat parlementaire (même texte).

b) *Les fonctionnaires publics.*

Ils encourent les condamnations des articles 175 et 175-1 du Code Pénal lorsqu'ils ont commis les faits constitutifs du délit d'ingérence dans les affaires ou commerces incompatibles avec leur qualité. Les sociétés visées sont celles qu'un agent de l'Etat était chargé de contrôler ou de surveiller, ou avec lesquelles il passait des marchés ou donnait des avis sur ces marchés. Le fonctionnaire

(111) Comp. HÉMARD, TERRÉ et MABILAT, t. I, n° 828, p. 712.

(112) Réd. loi organique n° 72-44 du 24 janv. 1972, conséquence du scandale de la garantie foncière. V. J. ROBERT, La querelle des incompatibilités, *D.* 1972, Chron. 79. Pour un essai d'application de ce texte à M. M. Dassault, député, V. Cons. Constit. 18 oct. 1977, *J.O.* 20 oct. 1977; *Rev. Soc.* 1978, 107, obs. J.G.

(113) Ord. n° 58-1099 du 17 nov. 1958.

ne peut prendre ou recevoir « quelque intérêt » ou « une participation par travail, conseils ou capitaux » dans les sociétés concernées (art. 175) et cela encore pendant cinq ans à dater de la cessation de ses fonctions (art. 175-1).

c) Les agents et gardes forestiers ne peuvent être nommés au directoire ou au conseil de surveillance des sociétés qui font le commerce du bois (art. 31 de l'ordonnance du 1er août 1827) (114).

II. — Incompatibilités générales.

325. — Ces incompatibilités sont applicables à toutes les sociétés à directoire, quelle que soit leur activité. Il n'y a pas de problème d'interprétation lorsque les textes sont postérieurs à 1966 : ils visent expressément les membres du directoire ou du conseil de surveillance. Mais les textes antérieurs obligent à rechercher si ces fonctions sont comprises dans les définitions générales dont ils se servent.

A. — Textes visant expressément la société a directoire.

Ils sont relatifs aux commissaires aux comptes, aux avocats, aux conseils juridiques.

1. — *Les commissaires au comptes.*

326. — C'est la troisième sorte d'incompatibilité qui leur soit applicable vis-à-vis des sociétés à directoire. Mais il s'agit cette fois d'une incompatibilité générale qui recouvre les deux précédentes. Elle résulte de l'article 82, al. 1er, du décret n° 89-810 du 12 août 1969, portant statut professionnel des commissaires aux comptes.

Les sanctions du décret sont différentes de celles des articles L. 222 et L. 446 de la loi du 24 juillet 1966 (qui gardent pour cela toute leur utilité) et peuvent s'appliquer en même temps que ces dernières.

Pour un membre du directoire, l'inscription sur la liste des commissaires aux comptes est interdite. Si un commissaire est nommé membre d'un directoire, il risque des sanctions disciplinaires pouvant aller jusqu'à la radiation de la liste s'il ne démissionne pas (art. 88 du décret du 12 août 1969).

On saura ainsi, de toute façon, que lorsqu'on nomme les commissaires avant les membres du directoire (art. L. 88), les premiers ne peuvent être nommés au directoire (115).

L'incompatibilité générale n'existe pas entre les fonctions de commissaires aux comptes et celles de membre du conseil de surveillance. Mais, selon l'article 82, al. 2 du décret du 12 août 1969, un commissaire aux comptes nommé membre du conseil de surveillance (ou administrateur) « doit notifier sa nomination au conseil régional par lettre recommandée dans le délai de huit jours ». Le conseil national est alors informé. La sanction de cette obligation ne peut être que de nature disciplinaire. L'article L. 220 conserve donc toute son utilité en ce qui concerne les membres du conseil de surveillance.

(114) Il existe sans doute d'autre incompatibilités spéciales, peut-être plus importantes que celle-ci, mais le maquis des textes rend l'énumération impossible, et moins poétique que s'agissant des gardes forestiers.

(115) Comp. A. Dalsace, *Manuel des sociétés anonymes*, Dalloz, n° 67.

2. — *Les avocats.*

327. — La loi du 31 décembre 1971 (116), complétée par le décret n° 72-468 du 9 juin 1972, reprend la solution ancienne d'incompatibilité pour la direction des sociétés anonymes, mais elle innove quant à la participation des avocats aux conseils de surveillance.

L'article 57 *b* du décret du 9 juin 1972 affirme en effet que la profession d'avocat est incompatible avec les fonctions de membre du directoire. Mais il est permis à l'avocat qui justifie d'une ancienneté de sept ans (117) d'exercer les fonctions de membre du conseil de surveillance (art. 6, al. 2, de la loi du 31 déc. 1971).

Certains ont critiqué cette solution (118), d'autres l'ont approuvée (119) après l'avoir souhaitée (120).

On ne peut nier que les sociétés aient besoin des conseils des juristes. Les avocats sont à même de remplir au mieux les devoirs d'un membre du conseil de surveillance, car ils ont une juste appréciation des responsabilités qu'ils encourent.

Pourtant ces raisons sont insuffisantes. Les sociétés anonymes peuvent fort bien avoir recours aux conseils d'un ou plusieurs avocats sans les nommer au conseil de surveillance. Rien n'interdit qu'un avocat assiste aux délibérations. Et surtout, on peut éviter ainsi certains problèmes qui tiennent tous à la fonction d'auxiliaire de la justice que remplit l'avocat : toutes les règles relatives aux membres du conseil de surveillance ne peuvent facilement se concilier avec le statut de l'avocat. Pourrait-il, étant membre du conseil de surveillance, défendre la société en justice ? Plaider contre elle ? Que se passera-t-il si c'est une société civile professionnelle qui est nommée au conseil ? Comment l'avocat fera-t-il face à sa responsabilité pénale ? etc.

Les rédacteurs du décret du 9 juin 1972 étaient, semble-t-il, conscients de ces problèmes puisqu'ils ont aménagé un système de contrôle, par le conseil de l'ordre, des nominations d'avocats au conseil de surveillance (art. 58 à 60 du décret).

L'avocat élu à un conseil de surveillance doit en informer par écrit le conseil de l'ordre dans les quinze jours à dater de son élection, en joignant (art. 58, al. 2) « un exemplaire des statuts, et lorsque la société a au moins une année d'activité, une copie du dernier bilan ». Ceci étant, le conseil de l'ordre a le pouvoir de se faire communiquer tout document utile pour se rendre compte de la situation de l'avocat intéressé (art. 59, al. 1er).

Conséquence de cette information, le contrôle du conseil de l'ordre peut s'exercer de façon autoritaire (121) : « si le conseil de l'ordre estime que

(116) Cl. Giverdon, Observations sur une réforme. A propos de la loi du 31 déc. 1971, *D.* 1972, Chron. 103.

(117) En tant qu'avocat mais non en tant que conseiller juridique v. Rép. Min. Just. à Mme Gros, *J.O.*, Déb. Sénat, 29 janv. 1975, p. 70, n° 15103.

(118) Hémard, Terré et Mabilat, t. I, p. 710, n° 824.

(119) B. Piédelièvre, L'avocat administrateur ou membre du conseil de surveillance des sociétés commerciales, *Gaz. Pal.* 1972, 2, Doctr. 600. Sur l'obligation d'assurance des avocats membres du conseil de surveillance, v. Rép. Prem. Min. à M. P.-B. Cousté, *J.O.*, Déb. Ass. Nat., 26 févr. 1977, 861; *Rev. Soc.* 1977, 335.

(120) Conseil de l'ordre des avocats à la Cour d'Appel de Paris, délibération du 5 oct. 1965; Hamelin, *Nouvel abrégé des règles de la profession d'avocat*, 1968, n° 115, p. 43; F. Payen et G. Duveau, 5e éd., par J. Lemaire, *Les règles de la profession d'avocat et les usages du barreau de Paris*, L.G.D.J. 1975, n° 169.

(121) M. B. Piédelièvre trouve cette façon « brutale » (art. préc.).

l'exercice de ces fonctions est ou devient incompatible avec la dignité et la délicatesse imposées aux avocats par les règles du barreau, il peut, à tout moment, inviter l'intéressé à se démettre de ses fonctions immédiatement ». Et l'avocat dispose d'un délai de quinze jours pour en référer à la Cour d'Appel (art. 60, al. 1er).

Cette solution répressive semble pouvoir s'appliquer à toutes les situations qui poseraient à l'avocat membre d'un conseil de surveillance des difficultés déontologiques ou juridiques dues à son appartenance. Mais le conseil de l'ordre hésitera sans doute à trancher dans le vif en pareille matière. L'incompatibilité totale aurait été préférable, à moins de tirer pleinement les conséquences de la compatibilité en réglant préventivement tous les problèmes, comme on l'a déjà fait partiellement avec l'assurance obligatoire de responsabilité d'administrateur ou de membre du conseil (art. 31 de loi du 31 déc. 1971).

Si un avocat passe outre l'incompatibilité, qu'elle résulte directement de l'article 57 *b* (directoire) ou d'une décision du conseil de l'ordre ou de la Cour d'Appel (conseil de surveillance), sa nomination ne sera pas nulle, car c'est l'exercice de la profession d'avocat qu'on entend protéger, en faisant usage des sanctions disciplinaires prévues à l'article 107 du décret du 9 juin 1972 (du blâme à la radiation).

3. — *Les conseils juridiques.*

328. — Comme les avocats, ils ne peuvent être membres du directoire (art. 48, al. 2, du décret n° 72-670 du 13 juil. 1972). Si leur conjoint exerce cette fonction, il doivent en avertir le procureur de la République (art. 48, al. 4).

L'article 49 permet aux conseils juridiques d'être membres du conseil de surveillance s'ils sont inscrits depuis sept ans sur la liste créée en 1971 (art. 113 prévoit des dispositions transitoires) (122). Le conseil nommé doit en avertir le procureur de la République (art. 49, al. 2). Mais, à la différence du système adopté par les avocats, le procureur de la République n'a pas la possibilité de requérir la démission du conseil s'il estime que les deux fonctions sont devenues incompatibles. L'instance disciplinaire (123) du conseil juridique peut seulement faire usage de son pouvoir général de sanctionner les « faits contraires à l'honneur ou à la probité » en prenant des mesures disciplinaires (art. 60 de la loi du 31 déc. 1971; art. 73 à 86 du décret du 13 juil. 1972).

B. — Textes antérieurs a 1966.

329. — De nombreuses professions sont protégées par un statut qui édicte une incompatibilité en direction des activités commerciales. Les définitions adoptées sont aussi nombreuses que les professions protégées. Pour la commodité, on peut distinguer les incompatibilités applicables à la fois aux membres du directoire et aux membres du conseil de surveillance, et celles qui ne sont applicables qu'aux membres du directoire.

Les sanctions sont diverses, mais toutes sont de nature disciplinaire et frappent la personne dans l'activité protégée : jamais la nomination au directoire ou au conseil de surveillance n'est nulle.

(122) V. Rép. Min. Just. à Mme Gros, préc.
(123) C'est-à-dire le Tribunal de Grande Instance, statuant à la requête du procureur de la République.

a) *Définitions incluant les membres du directoire et les membres du conseil de surveillance.*

330. — 1. Les agents de change ou courtiers ne peuvent s'intéresser directement ou indirectement sous leur nom ou sous un nom interposé, dans aucune entreprise commerciale (art. 85, al. 2, C. Com.). La sanction n'est rien moins que la destitution et une « condamnation d'amende » (art. 87 C. Com.). Il existe toutefois des exceptions : les agents de change peuvent constituer une société anonyme ayant pour objet l'exploitation d'une charge d'agent de change (art. 75 C. Com., loi n° 72-650 du 11 juil. 1972) et les courtiers en assurances maritimes peuvent constituer une société anonyme « pratiquant le courtage d'assurances non maritimes ou de réassurances » (art. 1er du décret n° 66-30 du 7 janv. 1966).

2. Les fonctionnaires publics ne peuvent exercer, à titre professionnel, une activité privée lucrative de quelque nature que ce soit (art. 8 de l'ordonnance n° 59-244 du 4 févr. 1959). Les fonctions de membre d'un directoire ou d'un conseil de surveillance sont donc incompatibles, même si elles sont exercées gratuitement, à moins que la société anonyme ait un but désintéressé (124).

Certains fonctionnaires obéissent à des textes particuliers qui vont dans le même sens : les magistrats (ordonnance du 4 févr. 1959, art. 8, al. 1er), les militaires (circulaire du 24 déc. 1869) (125), les agents du Ministère des Affaires Etrangères (circulaire du 4 avril 1922). Aucune dérogation n'est prévue pour les filiales des sociétés nationales.

3. Les notaires ne peuvent s'immiscer soit directement, soit indirectement dans l'administration d'une société commerciale (126). Une réponse ministérielle a estimé que ce texte n'interdisait pas aux notaires de faire partie du conseil de surveillance (127). Mais l'immixtion indirecte n'est-elle réalisée lorsque le conseil de surveillance donne des autorisations au directoire (art. L. 128, al. 2) (128), et même en raison de la compétence normale du conseil ? En outre, la présence de notaires au conseil de surveillance entraînerait des problèmes de conciliation de statuts. Une réponse ministérielle postérieure en a tenu compte, et a émis une opinion contraire (129).

4. Les huissiers ne peuvent exercer d'activité commerciale (130), ni toute autre fonction que celles qu'énumère l'article 20 du décret du 24 février 1956, et parmi lesquelles, évidemment, ne figurent pas celles de membres du directoire ou du conseil de surveillance.

5. Les avoués d'appel restent soumis à l'ordonnance du 2 novembre 1945 qui leur interdit d'exercer toute autre profession.

6. Les syndics et administrateurs judiciaires ne peuvent être inscrits sur la liste s'ils exercent une profession commerciale. On en a déduit qu'ils ne

(124) Dans ce sens, v. Rép. Min. Just. à Mme Cardot, *J.O.*, Déb. Sénat, 20 déc. 1962, p. 1443; Rép. Min. Trav. à M. P. Vallon, *J.O.* Déb. Sénat, 1er févr. 1977, p. 125; *J.C.P.* 1977, éd. C.I., 12415 (à propos du projet de création de sociétés sans but lucratif).

(125) V. Ripert et Roblot, t. I, n° 1137.

(126) Art. 13, décret du 19 déc. 1945.

(127) Rép. Min. Just. à M. Berrot, *J.O.*, Déb. Ass. Nat., 27 nov. 1971, p. 4949. En ce sens, M.-J. Coffy, art. préc., *J. Not.* 1971, p. 1265, n° 35; *Dict. Joly*, t. II, série A, v° *Conseil de surveillance et directoire*, n° 98, mise à jour du 31 mars 1975.

(128) J.-J. Caussain, *J.-Cl. Sociétés*, fasc. 133-D, n° 19.

(129) Rép. Min. Eco. et Fin. à M. Neuwirth, *J.O.*, Déb. Ass. Nat., 8 janv. 1972, p. 17, n° 20078. Mais l'incompatibilité n'atteint pas les clercs de notaire : Rép. Min. Just. à M. Valbrun, *J.O.* Déb. Ass. Nat., 31 janv. 1976, 466; *Rev. Trim. Dr. Com.*, 1976, 130, obs. R. Houin.

(130) Art. 32 ord. 2 nov. 1945.

pouvaient être administrateurs (131). L'extension devrait atteindre de la même façon les membres du directoire et ceux du conseil de surveillance, étant donné la nature des fonctions des syndics et des administrateurs judiciaires.

7. Les experts comptables ne peuvent exercer toute occupation de nature à porter atteinte à leur indépendance (132). L'incompatibilité semble en résulter normalement.

8. Les commissaires-priseurs ne peuvent faire le commerce pour le compte d'autrui (133) : ils ne peuvent donc être dirigeants de société.

9. Les géomètres-experts « ne peuvent exercer tout mandat commercial » (134) : le raisonnement est le même que précédemment.

b) *Définitions incluant seulement les membres du directoire.*

331. — 1. Les architectes ne doivent se livrer à aucune opération qui les rendraient justiciables de la juridiction commerciale (135). Cela devrait exclure tous les dirigeants sociaux. Mais l'ordre des architectes interprète l'interdiction qui ne frappe, selon lui, que les personnes habilitées à représenter la société, c'est-à-dire, ici, les membres du directoire investis du pouvoir de représentation (président du directoire, directeur général unique, directeurs généraux nommés en vertu de l'art. 126, al. 2). Un architecte pourrait donc être membre du directoire sans pouvoir de représentation, ou membre du conseil de surveillance (président ou vice-président de ce conseil).

2. Le personnel des banques de dépôt : les personnes ayant au moins le rang de chef d'agence ne peuvent, sans autorisation du directeur général de la banque, assumer les fonctions d'administration, de gestion ou de direction d'une entreprise commerciale, à moins qu'il ne s'agisse d'une affaire de famille dans laquelle la banque possède des intérêts à défendre (136). Le contrôle ou l'exercice indirect de l'administration n'est pas visé : ce texte n'est pas applicable aux membres du conseil de surveillance.

Il reste beaucoup d'autres professions réglementées ou incompatibles par leur nature même : l'abondance de la législation risque de rendre toute recherche incomplète. En outre, des règlements professionnels viennent compléter les textes officiels.

Des incompatibilités étudiées, on peut noter l'attachement profond du législateur à la notion de mandat lorsqu'il s'agit de donner une définition englobant tous les dirigeants de sociétés. Cela donne une idée (entre d'autres) de l'étendue des modifications à apporter lorsque la conception du mandat social sera officiellement délaissée. Les textes les plus récents semblent d'ailleurs montrer la voie puisqu'ils choisissent plutôt des critères formels et, souvent, énumèrent les fonctions de direction, gestion, administration, surveillance et contrôle.

(131) V. J. LEBLOND, art. préc., p. 276.
(132) Art. 22 ord. 19 sept. 1945.
(133) Art. 1er ord. 22 nov. 1945.
(134) Art. 8 ord. 7 mai 1946.
(135) Art. 11, décret 24 sept. 1941.
(136) Art. 7, décret 28 mai 1946 (banques nationalisées); art. 4, décret 28 mai 1946 (banques privées).

CONCLUSION DU TITRE PREMIER

332. — L'ensemble des aptitudes exigées pour devenir membre du directoire ou pour devenir membre du conseil de surveillance reste empreint d'une philosophie libérale.

Pas plus que de conditions légales directes de compétence, il n'existe de dispositions limitant de front la concurrence que peuvent exercer vis-à-vis de la société les membres des organes sociaux. Certes, ces membres doivent respecter les règles relatives aux cumuls de sièges, ainsi que l'obligation de discrétion (art. L. 149). De plus, des clauses de non-concurrence peuvent être insérées dans le pacte social ou dans le contrat qui lie les membres du directoire ou les membres du conseil de surveillance avec la société. Ces clauses doivent respecter les conditions de droit commun (137), et peuvent prévoir comme sanction soit l'interdiction d'accès aux fonctions, soit la démission si les fonctions concurrencielles ne cessent pas. Cependant, la nullité d'une nomination (délibération du conseil de surveillance) ne peut résulter d'une clause des statuts : pour que cette sanction s'applique, un texte impératif de la loi du 24 juillet 1966 est nécessaire (art. L. 360, al. 2).

En l'absence de clauses de non-concurrence, les principes généraux s'appliquent, c'est-à-dire qu'il faudra démontrer la déloyauté de la concurrence exercée contre la société par les membres de ces organes.

La philosophie libérale se ressent également à l'intérieur même des dispositions limitatives. Hormis l'incompatibilité entre les fonctions de membre du conseil de surveillance et celles de salarié, il n'existe pas de mesures restrictives très sévères au niveau légal. Un exemple caractéristique le montre. Les membres du directoire doivent être disponibles envers la société. Pour cela, ils ne peuvent détenir plus de deux sièges de membre du directoire, et le second doit être autorisé par le conseil de surveillance. Mais, en l'absence de clause de statuts, les membres du directoire peuvent être gérants de S.A.R.L., représentants permanents de x sociétés administrateurs ou membres du conseil de surveillance, etc.

Il dépend donc essentiellement des actionnaires de déterminer le profil idéal des membres des organes sociaux. Mais il faut souligner que l'évolution de la législation s'est toujours faite dans le sens de la restriction de cette liberté, et que le projet n° 2510 confirme cette tendance.

On peut d'ailleurs affirmer sans crainte d'erreur que chaque mesure nouvelle contribue à « professionnaliser » les dirigeants de société anonyme. Les membres du directoire semblent actuellement les plus en pointe à ce sujet, mais on doit remarquer également que les membres du conseil de surveillance, bien qu'investis collégialement de pouvoirs moindres que ceux du conseil d'administration, n'en obéissent moins pour l'essentiel aux mêmes conditions d'attitude.

Le mouvement qui sépare les différentes fonctions sociales de la source du pouvoir traditionnel qu'est la détention d'actions, est encore fort loin de parvenir à son terme. Les conflits entre ce qu'on peut appeler le pouvoir légal et le pouvoir capitaliste (au sens étroit du terme) sont caractéristiques de la société anonyme en tant que système juridique. La solution apportée par la formule nouvelle représente à cet égard un pas important dans le sens d'un nouvel

(137) V. Y. Serra, *L'obligation de non-concurrence*, B.D.C., t. 23, p. 169, n°s 187 et s.

équilibre. Mais il ne faut cependant pas prendre l'expression « fonctionnaires sociaux » dans un sens caricatural : la gestion ne peut rester l'affaire de ronds de cuir, les attributs légaux ne seront consistants que s'ils sont utilisés dans un sens dynamique.

Aptes à être disponibles et autonomes, les membres du directoire et les membres du conseil de surveillance se trouvent dans une situation mixte. Mais on ne peut surestimer leur part d'autonomie, car ils procèdent les uns et les autres, plus ou moins directement, de la majorité en capital.

TITRE DEUXIEME

L'ENTREE EN FONCTIONS

333. — La connaissance par les tiers de l'identité des personnes qui sont responsables de la gestion et du contrôle d'une société anonyme est devenue un impératif tellement puissant qu'il importe de distinguer désormais deux étapes dans l'entrée en fonctions.

La première étape se déroule au sein de la société, c'est la nomination des membres du directoire ou des membres du conseil de surveillance.

La seconde étape consiste à publier cette nomination pour qu'elle ait effet vis-à-vis des tiers.

Chapitre premier : Entrée en fonctions dans l'ordre interne;

Chapitre deuxième : Entrée en fonctions dans l'ordre externe.

CHAPITRE PREMIER

ENTREE EN FONCTIONS DANS L'ORDRE INTERNE

334. — Système juridique où le pouvoir ne provient que de la détention du capital, la société anonyme classique comprenait un organe souverain, l'assemblée des actionnaires, et un organe d'exécution, le conseil d'administration.

La structure nouvelle contribue à modifier cette optique en introduisant de nouveaux contrepoids au pouvoir du capital. En temps normal, la répartition des fonctions entre organes tempère certains phénomènes de domination. Dans des hypothèses exceptionnelles, l'atteinte au pouvoir majoritaire est encore mieux caractérisée.

Section 1 : Nominations normales;

Section 2 : Nominations exceptionnelles.

Section 1. — Nominations normales.

335. — L'aspect le plus significatif pour l'ensemble du système réside dans la source, l'auteur des nominations (§ 1). Les modalités de nominations (§ 2) sont essentiellement d'ordre procédural.

§ 1. — Auteur des nominations.

I. — Qui nomme les membres du directoire ?

336. — Normalement, le conseil de surveillance nomme les membres du directoire et leur président. Une interprétation trop scrupuleuse de l'article L. 120, al. 2, pourrait faire croire que le directeur général unique n'est pas choisi par le conseil. Mais on voit mal qui d'autre pourrait le faire (l'assemblée ?) ni le pourquoi d'une telle différence. Cette remarque montre cependant la nécessité d'un texte d'assimilation plus large que celui qui ne vise que les « fonctions dévolues au directoire », s'agissant du directeur général unique.

Certains ont vu, dans la désignation du président du directoire par le conseil de surveillance, une atteinte à l'homogénéité du directoire (1).

Certes, on peut déplorer, à première vue, que ce ne soit pas le directoire lui-même qui choisisse son président (qui serait de toute manière choisi au

(1) M. Fahim, Le directoire dans les sociétés anonymes..., *Rev. Soc.* 1969, p. 57, spé. n° 6.

deuxième degré par le conseil de surveillance, organe des actionnaires). Mais cette solution trouve sa cause dans le système, lui véritablement hétérogène, de la représentation de la société (2) : alors que le président est, dans l'ordre interne, un membre parmi les autres (il n'a pas voix prépondérante, sauf clause contraire), dans l'ordre externe, il est le plus souvent seul à représenter la société. Dès lors, on comprend que cette attribution particulière lui soit conférée par un organe dont la légitimité sociale est bien assise dans une conception actuelle. Le même raisonnement vaut pour les directeurs généraux (art. L. 126). Cette nomination par le conseil facilite d'ailleurs les choses lorsque le nombre des membres du directoire est pair.

On peut regretter la représentation collégiale, qui est de principe en droit allemand. En l'état du droit positif, le directoire reste un organe d'essence égalitaire mais d'apparence monocratique. Les débats parlementaires montrent combien il a été difficile de se dégager de l'image triomphante du P.-D.G.

Observons cependant que d'autres membres du directoire peuvent être investis des fonctions de représentation : il faut, là encore, une décision du conseil de surveillance, qui n'est possible que si les statuts ont habilité le conseil à la prendre.

Encore une intervention du conseil dans la collégialité du directoire... Mais cela reste peu important à côté du retour à l'individualisme prôné par le comité pour la réforme de l'entreprise.

337. — Le rapport Sudreau (3) désire en effet rendre facultatif le directoire collégial, quel que soit le montant du capital social. Lorsque le directoire resterait une équipe, les pouvoirs du président seraient accrus, notamment par son intervention dans la nomination des autres membres du directoire. Le président aurait un droit de proposition, et le conseil choisirait parmi les candidats ainsi sélectionnés par le président, qui pourrait aussi déterminer leurs pouvoirs.

Ces propositions nous semblent critiquables. Même si l'on accepte, dans certains cas, l'hégémonie d'un individu, il n'est pas nécessaire de supprimer dans toutes les hypothèses l'esprit d'équipe, fondé sur l'égalité de situation. On ne peut mieux revenir au système du président et des directeur généraux de la société anonyme de type classique. Et le statut des membres du directoire serait à réviser profondément (cumuls, révocation, responsabilités, etc.). Mieux vaut conserver l'actuel directoire et peut-être créer par ailleurs une formule adaptée à l'individualisme, qui conserverait certains des avantages de la formule actuelle.

N'est-ce pas la perspective de la cosurveillance qui conduit, par contrecoup, à envisager l'accroissement du rôle du président du directoire ? Le rapport Sudreau ne se prononce pas clairement sur les modalités de nomination du directoire ou de son seul président par un conseil de surveillance composé pour le tiers de salariés.

Il se borne à envisager une « procédure spéciale » (4), sans s'attarder aux modalités, qui, pourtant, prendront un relief particulier dans le contexte, difficile à équilibrer, de la cosurveillance.

Le projet n° 2510 n'a pas repris à son compte ces propositions de réforme. Peut-être devons-nous attendre l'hypothétique projet sur la cosurveillance.

338. — Les dispositions actuelles donnent au conseil de surveillance une compétence d'ordre public. Les statuts ne peuvent s'attribuer ou attribuer à

(2) V. *supra*, n°s 83 et s.
(3) Chap. III, I, 1, p. 110.
(4) P. 99.

un autre organe les pouvoirs de nomination des membres du directoire, de leur président et des directeurs généraux. Une telle solution est traditionnelle dans le droit des sociétés anonymes (arrêt *Motte*) (5). Elle est sanctionnée par la nullité des nominations irrégulières.

Pour la même raison, le directoire ne peut coopter ses membres (6), et les statuts ne peuvent l'y autoriser. L'article D. 97 organise d'ailleurs un système de remplacement qui rend inutile la cooptation.

II. — Qui nomme les membres du conseil de surveillance ?

339. — Il n'y a pas ici d'atteinte au pouvoir de l'assemblée des actionnaires. Le régime est pratiquement identique à celui des administrateurs.

Une distinction doit être faite suivant que la nomination a lieu lors de la constitution de la société ou durant la vie sociale.

A la constitution, il faut encore distinguer deux hypothèses. Si la société ne fait pas appel public à l'épargne, les premiers membres sont désignés dans les statuts (art. L. 88). Si elle fait appel public à l'épargne, ils sont élus par l'assemblée constitutive (art. L. 79, al. 2).

En cours de vie sociale, c'est l'assemblée générale ordinaire qui nomme les membres du conseil de surveillance (art. L. 134, al. 1er, et art. L. 137, al. 2 et 5). Un arrêt de la Cour de Rennes (7) a même permis à l'assemblée générale extraordinaire de révoquer plusieurs administrateurs et de procéder à leur remplacement, car l'article L. 160, al. 3, s'applique à chaque sorte d'assemblées.

Cette solution est critiquable au regard d'autres textes de la loi du 24 juillet 1966. En effet, l'article L. 155 cantonne la compétence de l'assemblée extraordinaire aux seules décisions prévues aux articles L. 153 et 154 (8).

Mais la spécialisation des assemblées intervient pour alléger le fonctionnement de la société, en limitant les cas où il est nécessaire de réunir une assemblée extraordinaire. Qui peut le plus, peut le moins. La Cour de Rennes devrait être approuvée en ce qu'elle conçoit mal « qu'ayant mis son conseil d'administration en minorité, l'assemblée extraordinaire soit obligée de renvoyer le vote sur la révocation devant l'assemblée ordinaire composée des mêmes actionnaires mais votant, cette fois à la majorité simple ».

Malheureusement, les termes très nets d'une loi mal faite obligent à repousser cette solution : les articles L. 90 et L. 134 sont sanctionnés par la nullité, sous réserve de l'application du seul article L. 137. Le dernier alinéa des articles L. 90 et L. 134 enlève donc le bénéfice de l'article L. 160 à l'assemblée extraordinaire. La compétence de l'assemblée ordinaire en cours de vie sociale est d'ordre public (9).

Mais il est vain de voir dans cette spécialisation une meilleure protection

(5) Civ. 4 juin 1946, *J.C.P.* 1947, II, 3518, n. D. Bastian; *S.* 1947, 1, 153, n. Barbry.

(6) R. Plaisant et P. Delaisi, *Encycl. Dalloz*, Sociétés, v° *Directoire et conseil de surveillance*, n° 43; Mercadal et Janin, n° 1082; M.-J. Coffy, Le nouveau type d'administration des sociétés anonymes, *J. Not.* 1971, p. 1244, n° 11.

(7) Rennes 25 févr. 1972, *J.C.P.* 1972, II, 17220, n. H. M. Synvet; *Rev. Trim. Dr. Com.* 1972, p. 921, obs. R. Houin; *Rev. Soc.* 1974, 101, n. M.-A. Coudert.

(8) H. M. Synvet, n. préc.; C. Champaud, La situation personnelle des dirigeants de sociétés de famille, *Mél. Bastian*, t. I, p. 48. — *Contra :* J. di Vittorio, Les pouvoirs de l'assemblée générale extraordinaire, *Bull. Inf. Soc.* 1975, p. 563, spé. p. 566.

(9) D. Bastian, *J.-Cl. Sociétés*, fasc. 130-1, n° 47.

des administrateurs ou membres du conseil de surveillance, qui n'auront pas longtemps à attendre la décision des actionnaires.

Le caractère d'ordre public de l'article L. 134 exclut tout autre solution : nomination par un actionnaire ou un groupe d'actionnaires, par des personnes extérieures à la société, par démission *in favorem*, ou même par l'assemblée extraordinaire investie de ce pouvoir par les statuts (10).

On trouve confirmation de cette vocation de l'assemblée générale ordinaire dans l'article L. 137, al. 2 (et l'article L. 94). C'est elle que le directoire doit convoquer « immédiatement » lorsque le nombre des membres du conseil de surveillance est devenu inférieur au minimum légal (trois). En cas de carence du directoire, tout intéressé peut demander en justice la nomination d'un mandataire chargé de convoquer l'assemblée qui procèdera aux nominations nécessaires.

§ 2. — Modalités des nominations normales.

340. — Trois étapes sont nécessaires pour réaliser l'entrée en fonctions : la candidature (I), la décision de nomination (II), l'acceptation des fonctions (III).

I. — La candidature.

A. — Au directoire.

341. — Aucune disposition n'oblige à l'information des actionnaires sur les candidatures au directoire. Ils n'ont droit qu'à la communication de la liste des membres du directoire en fonction (art. L. 168-1° et D. 135-1°). Cette situation correspond logiquement au dessaisissement de l'assemblée des actionnaires.

Silence des textes également quant à la présentation des candidatures au conseil de surveillance. Le plus souvent pourtant, elles seront portées à l'ordre du jour, qui est déterminé par l'auteur de la convocation (normalement le président ou le vice-président du conseil). Or chaque membre du directoire peut convoquer le conseil, et donc présenter les candidatures de son choix. Mais rien n'oblige le conseil à choisir parmi les candidats inscrits à l'ordre du jour. Cette grande liberté semble convenir à une assemblée restreinte comme le conseil de surveillance, mais elle peut aboutir à ce qu'une majorité dans le conseil choisisse des membres du directoire complètement inconnus de la minorité avant la réunion. Pour prévenir cette éventualité, les statuts peuvent exiger l'inscription des candidatures à l'ordre du jour du conseil et la faculté pour les actionnaires de se renseigner sur les membres du directoire : même s'ils ne les nomment pas directement, les actionnaires peuvent être influencés par la personnalité des membres (et par exemple, décider de quitter la société).

Il arrive fréquemment que le conseil de surveillance fasse signer aux membres du directoire l'engagement d'être en règle avec les dispositions légales et statutaires. Mais cet engagement ne peut décharger le conseil de sa *culpa in eligendo :* il ne fait qu'établir la responsabilité du membre du directoire qui aurait menti sur son âge, sur ses activités, etc. Il est logique d'exiger que le conseil de surveillance se renseigne sur la personnalité de ceux qu'il élève aux importantes fonctions de membre du directoire de la société.

(10) M.-A. Coudert, n. préc.

Les membres du directoire en fonction peuvent présenter leur candidature pour rester en fonction : la loi n'interdit ni ne prévoit leur rééligibilité (11).

B. — Au conseil de surveillance.

342. — Il y a cette fois-ci une obligation d'inscrire les candidatures à l'ordre du jour de l'assemblée générale. C'est normalement le directoire qui convoque l'assemblée générale, et obligatoirement dans le cas prévu à l'article L. 137, al. 2 (lorsque le nombre des membres du conseil est inférieur à trois). Mais d'autres organes peuvent le faire : le conseil de surveillance lui-même, les commissaires aux comptes, un mandataire *ad hoc* (art. L. 158).

L'auteur de la convocation peut refuser l'inscription des candidatures à l'ordre du jour aux actionnaires représentant au moins 5 % du capital social qui le lui demandent (art. L. 160, al. 2, *a contrario*). On imagine les manœuvres qu'un directoire menacé serait tenté d'entreprendre pour se concilier enfin une majorité au conseil, d'autant qu'il peut disposer des pouvoirs en blanc (12).

La loi allemande de 1965 permet à chaque actionnaire, individuellement, de présenter des candidatures en les insérant dans l'ordre du jour des assemblées (Aktg 119 et 127) (13).

Le droit français retient pour sa part la possibilité d'incidents de séance (14) (art. L. 160, al. 3) : l'assemblée peut décider de révoquer un ou plusieurs membres du conseil de surveillance quoique la question ne soit pas inscrite à l'ordre du jour. Quant à la nomination, cette possibilité de se passer d'une inscription à l'ordre du jour est limitée (15), car elle ne porte que sur le remplacement après révocation, termes employés par l'article L. 160, al. 3.

Fort logiquement, l'information des actionnaires est assurée : des renseignements sur les candidats au conseil doivent leur être communiqués, s'ils en font la demande (art. L. 163-3°) (16).

Ces renseignements portent sur :

a) « Les nom, prénoms usuel et âge des candidats, leurs références professionnelles et leurs activités professionnelles au cours des cinq dernières années, notamment les fonctions qu'ils exercent ou ont exercées dans d'autres sociétés.

b) Les emplois ou fonctions occupés dans la société par les candidats et le nombre d'actions de la société dont ils sont titulaires ou porteurs » (art. D. 135-5°).

Il est tout à fait regrettable que l'article L. 160, al. 3, permette d'éluder cette obligation de renseignement (17).

D'ailleurs, il serait souhaitable de compléter cette information en reconnaissant aux minoritaires le droit de présenter à l'assemblée des résolutions de candidatures aux sièges du conseil de surveillance. Telle était déjà la proposition

(11) Comp. art. L. 134, al. 2.
(12) V. *infra*, n°s 153 et s.
(13) Duroudier et Kulhewein, Caractéristiques essentielles de la réforme allemande de 1965 sur les sociétés par actions, *Gaz. Pal.* 1966, 2, Doctr. 106.
(14) Cf. Rép. Min. Just. à M. Cornet, *J.O.*, Déb. Ass. Nat., 14 févr. 1970, p. 369; *Rev. Soc.* 1970, 358.
(15) Hémard, Terré et Mabilat, t. II, n° 50, p. 42 et s.
(16) Y compris en cas de renouvellement de mandat, si l'on en croit la Rép. Min. Just. à M. Estève, *J.O.*, Déb. Sénat, 6 avril 1972, p. 153. V. aussi les conseils de la C.O.B., *Rev. Trim. Dr. Com.* 1977, 527, obs. R. Houin.
(17) V. R. Houin, obs. *Rev. Trim. Dr. Com.* 1970, 153.

du rapport n° 1003, mais le Gouvernement l'a retirée au cours des débats (17 *bis*). Cela aboutit à renforcer ce qui est une tendance générale de la structure nouvelle, à savoir la domination des « controlaires » au conseil de surveillance.

II. — La décision de nomination.

A. — Au directoire.

343. — Elle doit être prise par un conseil de surveillance composé et statuant régulièrement. Si le conseil ne compte plus assez de membres, il faudra le compléter (art. L. 137), mais on pourra aussi avoir recours, au bout de deux mois, à la nomination judiciaire de l'article D. 97, al. 2.

Le conseil statue, à peine de nullité, à la majorité des membres présents ou représentés (art. L. 139), à moins que les statuts n'aient fixé une majorité plus élevée. Le quorum est de la moitié des membres du conseil.

Pour certains, l'article D. 68, al. 2 introduit une exception à l'article L. 139 : « Les personnes désignées pour être membres du conseil de surveillance sont habilitées, dès leur nomination, à désigner les membres du directoire ou le directeur général unique. » Ce texte signifierait que la nomination des premiers membres du directoire doit se faire à l'unanimité, pour deux raisons :

D'abord, ce texte ne parle pas du conseil, mais de ses premiers membres; ensuite, les statuts ne sont pas applicables tant que la société n'est pas immatriculée au registre du commerce (18).

L'unanimité est choquante à première vue, puisque la loi ne le prévoit pas expressément et qu'elle pourrait constituer un obstacle à l'immatriculation de la société, si le moindre désaccord se produisait sur la nomination d'au moins un membre du directoire.

En outre, il est étonnant que les membres du directoire soient élus à l'unanimité alors que les « personnes désignées pour être membres du conseil de surveillance » sont choisies à la majorité des deux tiers par l'assemblée constitutive, lorsque la société fait appel public à l'épargne (19) (art. L. 81, L. 79).

Mais, lorsque la société ne fait pas appel public à l'épargne, les membres du conseil sont désignés dans les statuts (art. L. 88), c'est-à-dire à l'unanimité, conformément au droit commun des contrats. Pourquoi pas les membres du directoire ?

On ne saurait tirer argument du fait qu'avant l'immatriculation « existe » une « société sans personnalité morale » (20) : cette « existence » est étroitement réglementée; les mécanismes sociaux ne fonctionnent pas encore normalement, et c'est pour cela que l'article D. 68 est nécessaire : avant même que la loi (21) et les statuts ne s'appliquent, c'est-à-dire avant que ne commence la vie sociale, il faut bien habiliter les premiers membres du conseil de surveillance à nommer les membres du directoire, qui signeront la déclaration de conformité (art. L. 6) et feront immatriculer la société, en procédant aux formalités de publicité

(17 *bis*) V. *J.O.*, Déb. Ass. nat., 8 juin 1965, p. 1875; Déb. Sénat, 21 avril 1966, p. 231.
(18) Mercadal et Janin, n° 1201.
(19) Or l'article D. 68 figure dans un paragraphe intitulé « constitution avec appel public à l'épargne ». Mais l'art. D. 72, premier d'un paragraphe intitulé « constitution sans appel public à l'épargne », reprend la même disposition que l'art. D. 68.
(20) V. Hémard, Terré et Mabilat, t. I, n° 1066, p. 149.
(21) Relative au fonctionnement de la société en cours de vie sociale.

(art. D. 283) dont certaines portent sur la composition même du directoire (art. 11-8° du décret n° 67-237 du 23 mars 1967).

On peut donc penser que le décret choisit d'habiliter les personnes, et non l'organe, pour marquer que la société n'est encore qu'en formation; et les personnes qui désignent ensemble un mandataire doivent être unanimes.

344. — Il arrive fréquemment que les principaux actionnaires d'une société anonyme conviennent à l'avance de la nomination des organes sociaux. Ces conventions peuvent se trouver au sein du conseil de surveillance, comme on les trouve au sein du conseil d'administration. La loi du 24 juillet 1966 ne tranche pas le problème de leur validité. Mais les données dégagées par la jurisprudence pour les conventions de désignation du président du conseil d'administration semblent pouvoir s'appliquer lorsque les membres du conseil de surveillance ont convenu à l'avance des nominations au directoire (président, membres ou directeur général unique).

Rappelons brièvement que la jurisprudence, quoique partagée, semble pencher en faveur de la nullité des conventions de vote en général. Des conventions de nomination ont été validées (22), d'autres annulées (23). La formulation des arrêts défavorables paraît autoriser cependant l'existence de quelques conventions (24). Mais une partie de la doctrine (25) estime que la convention de nomination « implique le plus souvent l'engagement, tout au moins tacite, de maintenir en fonction celui auquel l'agrément a été donné ». Dans ce cas, la convention tournerait le principe de la révocabilité *ad nutum* et serait donc nulle. Ne subsisterait plus que la possibilité d'admettre une sorte de vote différé; mais la jurisprudence exige souvent que les administrateurs conservent jusqu'au bout leur liberté de vote, pour apprécier sereinement l'intérêt social en fonction de la survenance d'événements imprévus (26).

B. — La décision de nomination au conseil de surveillance.

345. — L'identité des règles avec le conseil d'administration est ici parfaite. Rappelons-les brièvement.

A la formation de la société, les membres du conseil de surveillance sont nommés dans les statuts, c'est-à-dire à l'unanimité, lorsque la société est constituée sans appel public à l'épargne (art. L. 88). Si elle fait appel public à l'épargne, les membres du conseil de surveillance sont nommés aux conditions de quorum et de majorité (deux tiers) de l'article L. 153, auquel renvoie l'article L. 81 sur l'assemblée constitutive.

En cours de vie sociale, la nomination par l'assemblée générale ordinaire se fait à la majorité simple (art. L. 155, al. 2), avec un quorum du quart à la première convocation, et aucun quorum lors de la seconde convocation. Les

(22) Amiens 4 avril 1951, *Rv. Soc.* 1951, p. 406; *Gaz. Pal.* 1951, 1, 353; *S.* 1952, p. 9, n. Barbry; *J.C.P.* 1952, II, 7124, n. D. Bastian.

(23) Paris 4 mai 1960, *D.* 1960, 637, n. A. Dalsace; *J.C.P.* 1960, II, 11745, n. D.B.; *S.* 1961, 12, n. J. Schapira; — Com. 8 mai 1963; *J.C.P.* 1963, II, 13282, n. J.R.; *Rev. Trim. Dr. Com.* 1964, 596, obs. R. Houin.

(24) Hémard, Terré et Mabilat, t. I, n° 926, p. 788. — *Contra :* J. Fossereau, La voix au conseil d'administration des sociétés anonymes, *Rev. Trim. Dr. Com.* 1965, p. 317.

(25) P.-G. Gourlay, *Le conseil d'administration de la société anonyme*, B.D.C. n° 24, p. 139, n° 238; J. Penneau, De l'irrégularité des conventions de vote dans le droit des sociétés commerciales, *J.C.P.* 1975, éd. C.I., 11776.

(26) V. Cass. Com. 8 mai 1963, préc.; T.G.I. Seine 22 juin 1966, *D.* 1967, 34, n. A. Dalsace.

statuts ne peuvent stipuler d'autres conditions (art. L. 173, al. 1er). Si la jurisprudence de la Cour de Rennes se poursuit, la nomination pourra être faite aussi par l'assemblée extraordinaire à ses propres conditions de vote (art. L. 153).

Les conventions de vote à l'assemblée des actionnaires font elles aussi l'objet d'une prohibition (27) même si la loi du 24 juillet 1966 n'a pas repris les dispositions du décret-loi du 13 novembre 1937.

Les décisions de coopération ou de nomination du président et du vice-président sont prises par le conseil de surveillance aux conditions fixées par l'article L. 139 : qorum de moitié, majorité simple sauf si les statuts prévoient une majorité plus forte, ce qui peut servir à défendre les droits d'une minorité. Le problème des conventions de vote est alors tel qu'il se pose pour la nomination des membres du directoire.

La convocation de l'assemblée générale est le plus souvent le fait du directoire : en fixant lui-même l'ordre du jour, il aura toute latitude de proposer ses propres candidats au conseil. Ce pouvoir est moins choquant que celui de proposer la révocation du conseil, mais il contrevient à la distinction hiérarchique entre les deux organes à propos des nominations. Il indique comment le directoire peut jouer pour se concilier un contrôleur bienveillant, souvent grâce aux pouvoirs en blanc.

III. — Acceptation de la nomination.

A. — Acceptation par les membres du directoire.

346. — La loi française ne contient pas de dispositions analogues à celles du droit allemand qui régissent l'engagement des membres du Vorstand. Il faut donc se livrer à l'analyse de l'attitude (28) des membres du directoire pour savoir si et quand ils ont accepté leurs fonctions.

L'acceptation peut résulter d'une attitude préalable à la nomination; c'est le cas lorsque la personne nommée s'est portée elle-même candidat, ou lorsqu'elle a discuté les conditions dans lesquelles elle exercerait ses fonctions.

En l'absence de telles indications, il faut rechercher l'attitude postérieure à la nomination. Pas de problème lorsque l'acceptation est explicite, ce qu'on trouve fréquemment dans les actes de nomination. Mais elle peut aussi être implicite, c'est-à-dire résulter de l'exercice des fonctions (29).

Si elle n'a pas accepté ses fonctions, la personne élue au directoire pourra les refuser, elle n'aura pas besoin de démissionner. La nuance est d'importance si l'on considère, avec l'ensemble de la doctrine, que la démission sans juste motif fait donner lieu à des dommages et intérêts.

La nomination par le conseil et l'acceptation par la personne choisie forment les deux termes du contrat par lequel une personne « devient » membre

(27) V. Hémard, Terré et Mabilat, t. II, n° 220, p. 201; J. Penneau, art. préc.; A. Tunc, Les conventions relatives au droit de vote, *Rev. Gén. Dr. Com.* 1942, p. 5; Ripert et Roblot, t. I, n° 1261 (pour qui ces conventions ne sont pas nulles mais ne peuvent avoir pour effet de lier l'assemblée).

(28) Pour une position générale de ce problème, v. P. Diener, Le silence et le droit, th. Bordeaux, 1974.

(29) La jurisprudence élaborée à propos des administrateurs devrait s'appliquer ici, *mutatis mutandis*. V. Ripert et Roblot, t. I, n° 1124; P.-G. Gourlay, préc. p. 17, nos 21 et s.; spé. n° 25. Pour l'acceptation résultant de la signature des statuts, v. Rép. Min. Just. à M. Liot, *J.O.*, Déb. Sénat, 12 juil. 1974, p. 876; *Rev. Soc.* 1975, 173.

du directoire. Ce contrat n'est donc pas susceptible d'être contrôlé à l'instar des conventions de l'article L. 143, qui ne vise que les contrats passés par la société et un membre du directoire en exercice.

Toutefois, l'acceptation d'un seul membre du directoire ne suffit pas à emporter son entrée en fonction, elle ne constitue pas à elle seule le point de départ du délai de quatre ans de l'article L. 122 : c'est tout le directoire qui est nommé en bloc, et la durée des fonctions de chacun est égale : il faut donc l'acceptation de tous les membres (30) pour que le directoire soit en fonction. Il y aura donc lieu d'être vigilant et de bien stipuler l'acceptation dans l'acte de nomination. Mais la possibilité de l'acceptation implicite jointe au caractère quotidien des fonctions du directoire rendent illusoire l'hypothèse selon laquelle un refus d'acceptation bloquerait l'écoulement de la durée des fonctions; le conseil de surveillance peut d'ailleurs venir à bout facilement d'un tel refus, par le jeu de l'article D. 97. La vacance prévue par cet article n'empêche pas l'écoulement des fonctions du directoire en son entier.

347. — D'aucuns estiment que l'entrée en fonction du premier directoire ne peut être antérieure à l'existence de la société elle-même, qui naît lors de l'immatriculation au registre du commerce (31). Une telle disposition figurait dans le projet de loi à propos des administrateurs (32). Mais sa disparition au cours des débats parlementaires (33) est conforme à l'idée que la société existe, d'une certaine façon, entre les associés, avant d'avoir la personnalité morale. Le directoire devra en effet procéder lui-même à certaines formalités et signer la déclaration de conformité pour que la société « naisse » vis-à-vis des tiers. Ceux-là sont d'ailleurs informés du point de départ réel des fonctions des membres du directoire (art. L. 8., al. 1er), et ne sauraient se fonder sur la date de naissance de la société pour refuser de traiter avec un directoire renouvelé (v. chap. suivant).

B. — Acceptation par les membres du conseil de surveillance.

348. — Pour les membres du conseil de surveillance, la loi est plus explicite : elle indique, dans son article L. 79 : « Le procès-verbal de l'assemblée (constitutive) constate, s'il y a lieu, l'acceptation de leurs fonctions par les administrateur ou membres du conseil de surveillance et par les commissaires aux comptes. »

L'expression « s'il y a lieu » peut réserver le cas où l'attitude de l'élu, préalable à la nomination, ne peut laisser de doute sur son intention d'accepter. Mais l'intention du législateur semble plutôt de donner l'occasion à la prochaine assemblée de constater l'acceptation (34).

Bien que l'article L. 79 ne soit applicable qu'aux sociétés en formation lorsqu'elles font appel public à l'épargne, il faut étendre la nécessité de l'acceptation à toute nomination de membre du conseil de surveillance en cours de vie sociale, même lorsque le mandat est renouvelé. Mais dans ce cas, l'acceptation tacite est facilement établie.

Peu importe si les membres du conseil n'acceptent pas simultanément leurs fonctions, puisqu'aucune disposition analogue à l'article L. 122 (35) n'existe

(30) H. Labord, *Directoire et conseil de surveillance*, p. 35; Hémard, Terré et Mabilat, t. I, n° 1074, p. 948.
(31) Mercadal et Janin, n° 1541.
(32) Hémard, Terré et Mabilat, t. I, n° 866, p. 745.
(33) *J.O.*, Déb. Sénat, 20 avril 1966, p. 207.
(34) *J.O.*, Déb. Ass. Nat., 4 juin 1965, p. 1801.
(35) Comp. art. L. 134.

pour eux. C'est un indice du degré plus faible de collégialité de l'organe de contrôle.

Les formes de l'acceptation sont les mêmes que pour les administrateurs, ainsi que les effets (36). Notons, spécialement, que les premiers membres du conseil devront avoir accepté leur fonctions pour nommer le premier directoire : ou alors, cette nomination constituera une acceptation implicite.

Section 2. — **Nominations exceptionnelles.**

349. — Les procédures de remplacement rapide sont organisées au cas où des sièges deviennent vacants au directoire ou au conseil de surveillance. Mais en l'absence de texte, on peut s'interroger sur ce qu'il advient en cas de crise grave au sein de la société. La nouvelle structure influe-t-elle sur les modes d'administration judiciaire ?

§ 1 : Vacance de sièges;

§ 2 : Crise.

§ 1. — **Vacance de sièges.**

350. — Si la vacance se produit au directoire pendant la durée de ses fonctions, le conseil de surveillance doit intervenir, sinon une nomination peut être demandée en justice par tout intéressé (art. D. 97) (I). Si la vacance se produit au conseil de surveillance, cet organe peut de lui-même, dans certaines conditions, coopter de nouveaux membres, à moins qu'il ne soit plus en mesure de prendre de décisions (II).

I. — Vacance d'un siège de membre du directoire (art. D. 97).

351. — L'intervention judiciaire suppose que le conseil de surveillance n'a pas agi dans un délai de deux mois à compter du début de la vacance. Mais quand y a-t-il vacance ?

Le texte ne distingue pas suivant les causes de la vacance (décès, démission, révocation, annulation de la nomination, etc.), ni suivant que le départ d'un membre du directoire amène cet organe au-dessous du minimum numérique légal ou statutaire. *Ubi lex non distinguit,* il faut estimer que toutes les causes de vacance sont concernées ici, sauf peut-être lorsque les statuts ont confié au conseil le pouvoir de moduler le nombre des membres du directoire.

L'hypothèse est donc plus large que celle que retient le droit allemand : il n'y a lieu à nomination judiciaire des membres du Vorstand que lorsqu'il manque dans cet organe un membre dont la présence est obligatoire, et s'il y a urgence (37). Sur ce dernier point, la solution française est inverse : il faut

(36) P.-G. Gourlay, préc. p. 17, nos 21 et s.; p. 20, nos 26 et s.
(37) Aktg, § 85. Comp. M.-J. Coffy, *J. Not.* 1971, préc. p. 1245, n° 11.

attendre deux mois, bien que le juge compétent soit le président du tribunal de commerce statuant en référé.

L'article D. 97 est également très large en ce qu'il permet à « tout intéressé » de demander le remplacement d'un membre du directoire qui a cessé ses fonctions avant terme. Il est normal d'ouvrir cette possibilité à tous ceux qui exercent une fonction dans la société. Mais on peut se demander s'il ne convient pas de limiter cette procédure lorsqu'il s'agit d'un tiers à la société. Par hypothèse, celui-ci ne connaît que les représentants sociaux, président du directoire, directeurs généraux, directeur général unique. La composition du directoire ne lui importe que sous l'angle des responsabilités, assez indirectement. Tout au moins le juge devra-t-il se montrer rigoureux sur la preuve de l'intérêt à agir.

Toutefois, le demandeur n'aura pas à établir que l'intérêt de la société est menacé, le simple fait de la vacance suffit.

352. — La ou les nominations judiciaires ont pour effet de reconstituer ou de compléter le directoire en installant un ou plusieurs nouveaux membres, choisis pour leur compétence en affaires et remplissant les conditions d'aptitude (38).

Les membres judiciairement nommés participent à l'activité du directoire comme les membres « normaux ». Mais leurs fonctions sont essentiellement provisoires. Certes, ils peuvent conserver leur siège jusqu'au renouvellement global du directoire (art. L. 122). Mais leur révocation peut être décidée par le conseil de surveillance (et non par l'assemblée des actionnaires sur proposition du conseil), sans qu'il y ait lieu de leur verser une indemnité : le caractère provisoire est à lui seul un juste motif de cessation de fonctions. L'article D. 97 utilise d'ailleurs le terme de « remplacement », dont la nuance avec le terme de révocation apparaît clairement (39).

Il faut peut-être réserver toutefois l'hypothèse au vrai exceptionnelle, où le membre judiciairement nommé va rester très longtemps en place, avec la complicité du conseil de surveillance qui sait qu'un remplacement ne coûtera rien à la société. Malgré les termes très nets de l'article D. 97 (« Le conseil de surveillance peut, à tout moment... »), on peut se demander si l'article L. 121 ne pourrait pas alors s'appliquer.

Mais tout indique par ailleurs que la société n'aura pas avantage à conserver les membres du directoire qu'elle n'a pas elle-même choisis. Les rémunérations de ces derniers sont fixées dans l'ordonnance de nomination, à la charge de la société. Les obligations et responsabilités doivent être les mêmes pour le membre judiciairement nommé et les autres membres du directoire. Mais l'importance des fonctions exercées est le facteur essentiel qui poussera le conseil à intervenir.

Notons d'ailleurs que les modalités de convocation du conseil rendent cette intervention probable : chacun des membres du directoire peut obtenir (en passant d'abord par le président du conseil de surveillance, art. D. 107) la convocation du conseil, et cette faculté est ouverte aussi bien pendant le délai de deux mois de l'article D. 97, que passé ce délai.

En définitive, l'article D. 97 apparaît plus comme une sanction de la carence du conseil de surveillance que comme un moyen de pallier rapidement les conséquences fâcheuses d'une vacance au directoire. Si l'on en croit ce texte, la société pourrait rester privée de représentant social, voire de l'organe de

(38) V. *supra*, n°s 148 et s.
(39) Comp. art. L. 160, al. 3.

gestion tout entier pendant deux mois avant qu'un remède judiciaire ne soit possible.

Cette vision excessive montre bien qu'il ne faut pas prendre l'article D. 97 au pied de la lettre. Il ne vise que les vacances qui n'affectent pas gravement le fonctionnement du directoire. Il doit être complété lorsqu'il y a une crise, par l'administration judiciaire.

Enfin, la nomination judiciaire des membres du directoire ne peut être tenue pour un moyen sérieux de défense des minoritaires. Son éventualité est très étroite, et le maintien en fonctions des membres judiciairement nommés n'est dû qu'à la persistance du conseil de surveillance dans l'inaction.

Mais l'article D. 97 n'en sera pas moins utile pour suppléer le conseil, incapable ou empêché de prendre les décisions de nomination devenues nécessaires.

II. — Vacance de siège de membre du conseil de surveillance.

353. — L'article L. 137 relatif au conseil de surveillance reprend fidèlement les solutions de l'article L. 94 applicable au conseil d'administration. Il les modifie pourtant sur un point : lorsque le nombre des membres du conseil est devenu inférieur au minimum légal, c'est le directoire qui doit convoquer l'assemblée ordinaire pour « compléter l'effectif du conseil de surveillance » (art. L. 137, al. 2).

C'est donc un organe fonctionnant normalement qui prend l'initiative. Mais on peut observer que si le directoire lui-même n'est plus en état de fonctionner, il aurait été pratique de donner aux membres du conseil restants le pouvoir (et le devoir) de convoquer l'assemblée (40).

Cela dit, lorsque la vacance ne fait pas descendre le nombre des membres du conseil de surveillance en dessous du minimum légal, le conseil peut ou doit coopter de nouveaux membres.

La cooptation facultative peut avoir lieu « entre deux assemblées générales » lorsque la vacance résulte d'un décès ou d'une démission. Avant la loi n° 67-559 du 12 juillet 1967, le texte ne précisait pas quels cas de vacance ouvraient la faculté de cooptation; certains en avaient déduit que le conseil pouvait coopter dans la limite du maxima légal et statutaire. Cette interprétation peu justifiable a entraîné la rédaction d'un nouveau texte, par trop limitatif (41) : s'il est logique d'écarter la vacance pour cause de révocation (« entre deux assemblées générales »), il serait utile de la prévoir à la suite de l'annulation d'une nomination. Cela étant, la loi ne distingue pas entre démission volontaire et démission d'office, et beaucoup d'hypothèses sont ainsi atteintes (cumuls de postes, limite d'âge...).

La cooptation obligatoire a lieu lorsque « le nombre des membres du conseil de surveillance est devenu inférieur au minimum statutaire sans toutefois être inférieur au minimum légal ». Cette hypothèse recoupe la précédente en touchant aussi d'autres domaines. Comme l'article D. 97, l'article L. 137, al. 3, ne distingue pas suivant la cause de la vacance.

Aucune formalité n'est prévue pour renseigner les membres du conseil sur les candidatures : à eux d'aller quérir les informations, ce qui est bien normal dans le cadre d'une cooptation.

(40) V. n° 329, *in fine*.
(41) P.-G. Gourlay, th. préc., p. 53, n° 93.

D'ailleurs, la cooptation a un caractère provisoire (de même que la nomination judiciaire des membres du directoire). Elle doit être ratifiée par l'assemblée générale qui suit la décision du conseil. On peut supposer qu'à ce moment, les actionnaires auront tous les renseignements utiles en leur possession. Ils disposeront au moins de ceux qui sont fournis aux tiers, car la cooptation doit être publiée.

En l'absence de ratification, les termes de l'article L. 137, al. 4, laissent entendre que la cooptation est entachée de nullité; mais cette nullité n'affecte pas les actes et les délibérations du conseil. Cette solution, évidente si l'assemblée refuse la ratification, doit s'étendre à notre avis au cas où elle ne s'est pas prononcée sur le problème (cooptation facultative) ou au cas où elle n'a pas été convoquée en temps voulu (cooptation obligatoire).

L'ensemble de ce dispositif procède donc d'un esprit différent de celui de l'article D. 97; l'intervention judiciaire y est limitée à la nomination d'un mandataire chargé de convoquer l'assemblée lorsque les nominations sont nécessaires selon la loi ou les statuts. De plus, les raisons d'être de ce texte résident essentiellement dans l'urgence et la commodité. La cooptation, concevable au niveau du conseil, n'est plus possible à celui du directoire, dont les fonctions sont essentielles et autonomes.

§ 2. — Crise.

354. — Les hypothèses de vacances se produisent parfois dans un contexte général de crise, qui nécessite des mesures particulières.

Ces mesures ne sont pas déterminées par la loi. Elles résultent d'une construction prétorienne connue sous le nom d'administration judiciaire, ou provisoire (42).

Les organes nouveaux de la société anonyme modifient quelques-unes des données du problème de l'administration judiciaire : ils contiennent la possibilité de blocages spécifiques et ils invitent à revoir les remèdes apportés.

I. — Les blocages propres aux organes nouveaux.

355. — Classiquement, l'absence ou l'impossibilité de fonctionnement des organes d'administration constituent des cas d'administration judiciaire. Mais il faut encore que ces événements se produisent dans une société en crise, et que cette crise soit « temporaire, actuelle et soluble » (43). S'il n'y a pas de crise profonde, le dispositif destiné à faire face à la vacance des sièges suffira. Si la crise est trop grave, la dissolution judiciaire sera ordonnée.

Dans la structure nouvelle, l'inexistence du directoire peut survenir assez facilement, dans la mesure où le nombre de ses membres est peu élevé. Sans parler du directeur général unique, les hasards de la vie et des affaires peuvent amener plusieurs membres à cesser leurs fonctions à peu près au même moment.

(42) V. J.-P. Ravalec, L'administrateur judiciaire près le tribunal de commerce, Dalloz, droit usuel, 1972; Ch. de Buttet, L'administration provisoire, th. Lyon, dactyl., 1970; A. Chassagnon, L'administrateur provisoire de sociétés commis par justice, th. Paris, 1954; Ch. Lapp, La nomination judiciaire des administrateurs de sociétés, *Rev. Trim. Dr. Com.* 1952, 769.

(43) Y. Guyon, *J.-Cl. Sociétés*, fasc. 133-E, n° 10.

Deux hypothèses se présentent alors.

Si le conseil de surveillance peut et veut remplir correctement ses obligations, le directoire est rapidement reconstitué. Sinon, la vacance demeure pendant au moins deux mois.

Il faut en outre faire une place particulière au cas où seul le président du directoire (44) a cessé ses fonctions. Le directoire existe toujours, mais la société n'est plus représentée vis-à-vis des tiers si le conseil n'intervient pas.

Cette situation nous semble appeler le remède de l'administration judiciaire, si l'urgence est démontrée.

Quant au mauvais fonctionnement du directoire (ou à l'existence de deux directoires concurrents pour la même société) (45), il constitue lui aussi un cas d'administration judiciaire si les intérêts de la société sont gravement menacés. Ce dysfonctionnement peut résulter d'ailleurs de l'inexistence ou du mauvais fonctionnement du conseil de surveillance. La mésentente au sein du directoire peut bloquer l'activité sociale, mais la mésentente au sein du conseil peut aussi entraîner la perturbation de l'activité du directoire, notamment lorsque les moyens statutaires d'intervention du conseil sont développés, et lorsque le directoire doit statuer à l'unanimité. C'est dire que, du côté du conseil de surveillance, le mal peut venir de l'inaction ou de l'action désordonnée, ce qui coïncide le plus souvent avec l'existence de deux groupes antagonistes de force équivalente.

A ces circonstances structurelles, certains auteurs ajoutent des circonstances tenant à l'opportunité de la gestion (46). Ils s'appuient sur une jurisprudence souvent critiquée (47) parce qu'elle donne aux juges des pouvoirs excessifs, et en particulier, celui d'apprécier à la place de la majorité des actionnaires, l'intérêt de la société. Cela dit, cette jurisprudence pourrait s'appliquer à la société à directoire, que l'abus de majorité passe par l'assemblée, le conseil ou le directoire. Il s'agirait alors d'un moyen qui peut servir non seulement l'intérêt des minoritaires, mais aussi la souveraineté de l'assemblée des actionnaires, s'il y a des dissensions entre les organes.

II. — Les remèdes apportés en cas de crise.

356. — Dans presque tous les cas, l'absence ou la perturbation de la gestion sociale supposent ou accompagnent l'inaction ou le mauvais fonctionnement du conseil de surveillance. Deux voies semblent alors possibles pour l'adaptation de l'administration judiciaire à la structure nouvelle.

La première voie consisterait à mettre en place une instance qui remplirait les fonctions que le conseil ne peut ou ne veut remplir. Le directoire serait donc

(44) Et les directeurs généraux.

(45) Cf. pour un conseil d'administration « double », v. Paris 5 janv. 1939, *J.C.P.* 1959, II, 998.

(46) V. R. Contin, L'arrêt Fruehauf et l'évolution du droit des sociétés, *D.* 1968, Chron. 45; J. Paillusseau et R. Contin, La cession de contrôle d'une société, *J.C.P.* 1969, I, 2287; R. Contin, Le contrôle de la gestion des sociétés anonymes, p. 435, n^{os} 638 et s.

(47) V. en particulier Com. 21 janv. 1970 (cassant Rennes 23 févr. 1968, *J.C.P.* 1969, II, 16122); *J.C.P.* 1970, éd. C.I., 89285, n. B. Oppetit; — T. Com. Toulouse 24 mai 1972, *Rev. Soc.* 1973, 83, n. Ch. de Buttet; D. 1973; 196, n. D. Schmidt, *Rev. Trim. Dr. Com.* 1972, 926, obs. R. Houin, Comp. Paris 22 mai 1965, *J.C.P.* 1965, II, 14274 *bis*, concl. Nepveu; *Rev. Trim Dr. Com.* 1965, 619, obs. R. Rodière et 631, obs. R. Houin; D. 1968, 147, n. R. Contin; — Paris 15 mars 1968, *J.C.P.* 1969, I, 15814, n. N. Bernard, *Rev. Trim. Dr. Com.* 1969, 519, obs. R. Houin; — Rouen 25 sept. 1969, *D.* 1969, 671; *J.C.P.* 1970, II, 16219, n. Y. Guyon; *Rev. Trim. Dr. Com.* 1969, obs. R. Houin, p. 1026.

complété et pourrait poursuivre la gestion. On renverrait à une assemblée générale le soin de prendre les mesures nécessaires pour rétablir la marche normale de la société.

La seconde voie n'est autre que la nomination d'un administrateur judiciaire qui gère la société à la place du directoire (que celui-ci soit inexistant ou incapable de fonctionner normalement). Le conseil de surveillance est alors privé de ses fonctions habituelles et le contrôle est exercé par l'autorité judiciaire qui a nommé l'administration provisoire (48).

Cette seconde solution semble mieux adaptée à la jurisprudence classique. Elle ne constitue qu'une entrave exceptionnelle, dûment causée, à la séparation des fonctions. L'administrateur judiciaire n'est d'ailleurs pas soumis au droit applicable aux membres du directoire. Il a son statut propre, sa rémunération et ses pouvoirs sont déterminés dans l'ordonnance de nomination (49). C'est parfois l'actionnaire demandeur qui est chargé de rémunérer l'administrateur judiciaire... (50).

C'est dire qu'en définitive, l'administrateur judiciaire ne remplace pas véritablement le directoire : il constitue non pas un « directoire judiciaire », mais un mode provisoire de gestion destiné à résoudre la crise et faire survivre la société (51). En cela, il diffère fondamentalement du membre du directoire judiciairement nommé en application de l'article D. 97. Il n'est pas à proprement parler une atteinte à l'homogénéité des organes sociaux, objectif que poursuivent normalement tous les autres modes de nomination des membres du directoire et des membres du conseil de surveillance.

(48) Rappr. M.-J. COFFY, Le recrutement des dirigeants de sociétés anonymes, 1972, p. 449, pour qui le conseil peut ou non être suspendu de ses fonctions par l'ordonnance de nomination de l'administrateur judiciaire.

(49) V. Y. GUYON, Les missions des administrateurs provisoires de sociétés, *Mél. Bastian*, t. I, p. 103, spé. p. 105. Sur le statut, v. J.-P. RAVALEC, manuel préc., et Ch. de BUTTET, th. préc.

(50) T. Com. Seine 22 mars 1949, *J.C.P.* 1949, II, 4980, n. D.-B. MERCADAL et JANIN, n° 1500.

(51) Y. GUYON, art. préc., n. 49.

CHAPITRE DEUXIEME

ENTREE EN FONCTIONS DANS L'ORDRE EXTERNE

357. — Le souci de protéger les tiers, devenu fondamental dans le droit moderne des sociétés commerciales, a conduit à distinguer deux moments dans l'entrée en fonctions. Le premier moment correspond à la délibération ou à la décision judiciaire qui nomme le membre concerné : il fixe la date de l'entrée en fonctions à l'intérieur de la société soit immédiatement, soit un peu plus tard (mais pas trop) (1). Le second moment se réalise par la publication régulière de la nomination, et c'est en principe le seul acte qui compte vis-à-vis des tiers. Toute autre nomination est pour eux inopposable. La même sanction est encourue inversement lors de la cessation des fonctions.

Section 1 : L'inopposabilité;

Section 2 : La publication régulière.

Section 1. — L'inopposabilité.

358. — L'article L. 8, qui organise l'inopposabilité (2), vise « les personnes chargées de gérer, d'administrer ou de diriger la société »; il concerne donc seulement les membres du directoire, à l'exclusion des membres du conseil de surveillance. On peut s'en étonner, car la publicité obligatoire est la même pour les nominations ou les cessations de fonctions au conseil et au directoire. Cela autoriserait-il les tiers et la société à passer outre l'article L. 8 ? Certes non, car même si une ou plusieurs délibérations du conseil étaient annulées par ce biais, cela ne pourrait retentir sur la validité des décisions du directoire dont les pouvoirs ne sont pas limités envers les tiers et qui est le seul organe qui traite avec eux. On ne voit pas dès lors quel intérêt légitime les tiers pourraient avoir à agir contre le conseil.

359. — L'inopposabilité résulte aussi bien de l'absence de la publicité régulière que de son existence.

Tant que la publicité régulière n'est pas faite (art. L. 8, al. 2), ni les nominations, ni les cessations de fonctions, quoique régulièrement décidées par la société, ne peuvent être opposées par elle aux tiers. Cette inopposabilité joue en faveur des tiers, contre la société : les tiers peuvent donc se prévaloir, même en l'absence de publicité, d'une nomination ou d'une cessation de fonction acquise mais non publiée.

(1) Cf. *supra*, n° 274.

(2) V. D. Bastian, Essai d'une théorie générale de l'inopposabilité, th. Paris, 1929; R. Roblot, Applications et fonctions de la notion d'inopposabilité en droit commercial, *Mél. Voirin*, 1967, 710, spé. n^{os} 11 et 20.

Les conséquences sont importantes. Ainsi, un membre du directoire dont la nomination ne serait pas publiée peut se comporter en dirigeant de fait et engager ainsi sa responsabilité. Celui dont la cessation n'est pas publiée s'expose lui aussi à la mise en jeu de sa responsabilité si la gestion de la société a été défectueuse.

C'est aussi à peine d'inopposabilité aux tiers que la publicité doit intervenir dans le délai d'un mois à dater de l'événement publiable (art. 58, al. 4, du décret n° 67-237 du 23 mars 1967).

Lorsque la publicité régulière a été faite, l'article 28, al. 1er, porte une interdiction, non seulement envers la société (comme dans l'al. 2), mais aussi envers les tiers : ni l'une ni les autres ne peuvent se prévaloir d'une irrégularité de nomination. On se trouve là dans un champ beaucoup plus restreint que dans l'alinéa 2. En outre, il faut que la société ou les tiers aient entendu se soustraire à leurs engagements pour que l'inopposabilité joue contre elle ou eux. Cette condition peut être interprétée plus ou moins strictement, ce qui donnera ou non de l'efficacité à l'inopposabilité.

L'interdiction faite à la société dans l'alinéa 1er de l'article L. 8 prolonge en quelque sorte celle de l'alinéa 2 du même texte. Avant publicité, la nomination est inopposable. On voit l'importance de la formalité. Mais *quid* des annulations internes des nominations régulièrement publiées ? Car ces annulations internes restent possibles (art. L. 360). Sinon, à quoi serviraient les conditions de nomination, en l'absence d'un contrôle préalable ?

Les irrégularités peuvent être invoquées dans l'ordre interne jusqu'à prescription de l'action. Elles peuvent aussi être invoquées par les tiers qui ne désirent pas se soustraire à leurs engagements et excipent cependant d'un intérêt. La nullité prononcée n'aura d'effet que dans l'ordre interne jusqu'à ce qu'elle soit régulièrement publiée. Vis-à-vis des tiers, cette nullité ne pourra jamais avoir pour effet de permettre à la société de se soustraire à ses engagements.

Mais l'inopposabilité joue aussi en faveur de la société, contre les tiers : interdiction est faite à ceux-ci de se prévaloir des irrégularités d'une nomination lorsque celle-ci est régulièrement publiée, alors qu'ils peuvent se prévaloir des nominations et des cessations de fonctions qui ne sont pas encore régulièrement publiées.

Pour les tiers, l'opposabilité de toute mesure de publicité est retardée de quinze jours s'ils prouvent qu'ils ont été dans l'impossibilité de connaître les faits publiés. Cette exception portée par l'article L. 4-1, applicable à la société à directoire, joue pour les deux alinéas de l'article L. 8.

Section 2. — **La publicité régulière.**

360. — L'inopposabilité s'articule autour de la publication régulières des nominations et cessations de fonctions. Dans quelles hypothèses cette publicité est-elle requise et quelles sont ses modalités ?

§ 1. — **Cas où la publicité est requise.**

361. — La publicité des nominations est nécessaire lors de la constitution de la société (art. D. 285) et lors des nominations décidées en cours de vie sociale.

Elle n'est pas exigée pour les renouvellements de fonctions. Une réponse ministérielle (3) estime à juste titre que, dans cette hypothèse, il n'y a pas de modifications à apporter aux mentions publiées; il n'est donc pas nécessaire de procéder une nouvelle fois aux formalités requises.

En revanche, l'intérêt des tiers est suffisant pour exiger la publicité des nominations faites en vertu des articles D. 97 ou L. 137, malgré leur caractère provisoire.

§ 2. — Les formalités de publicité.

362. — La publicité requise est régulière lorsque quatre formalités ont été accomplies : l'insertion d'un avis dans un journal d'annonces légales, le dépôt au greffe du Tribunal de Commerce, l'inscription au registre du commerce et la publication au *Bulletin Officiel des Annonces Commerciales.*

I. — L'avis dans un journal d'annonces légales.

363. — Lors de la constitution de la société, cet avis est publié en dernier lieu (art. D. 285 : « lorsque les autres formalités de constitution de la société auront été accomplies »), mais il paraît avant l'inscription modificative au registre du commerce lorsqu'il s'agit d'un changement dans la composition des organes visés.

L'avis contient les nom, prénom usuel et domicile des associés ou des tiers ayant dans la société la qualité de membre du directoire ou de membre du conseil de surveillance (art. D. 285, al. 3, 10°). Il contient aussi « les nom, prénom usuel et domicile des personnes ayant le pouvoir général d'engager la société envers les tiers », c'est-à-dire le président du directoire, le directeur général unique et les directeurs généraux.

Si l'une de ces mentions est frappée de caducité, un autre avis doit paraître pour publier la modification. Sans doute ne faut-il pas entendre trop strictement cette règle, et décider par exemple que le changement de domicile ne donne pas nécessairement lieu à un avis. Mais ce dernier sera nécessaire si le conseil de surveillance nomme un membre du directoire directeur général.

Les informations données par l'avis ne sont pas très complètes : elles ne concernent pas la qualité de président ou de vice-président du conseil de surveillance, ni l'identité du représentant permanent de la personne morale membre du conseil.

Mais la diffusion permise par le journal d'annonces légales (utile mais limitée au département du siège social) est largement complétée par ailleurs.

(3) Rép. Min. Just. à M. Charret, *J.O.*, Déb. Ass. Nat., 17 déc. 1969, p. 5002; *Rev. Soc.* 1970, 361.

II. — Le dépôt au greffe du Tribunal de Commerce.

364. — Lors de la constitution de la société, « deux copies des actes de nomination des personnes membres des organes de gestion, d'administrations de directoire, de surveillance et de contrôle de la société » doivent être déposées au greffe du Tribunal de Commerce du siège social, au plus tard en même temps que la demande d'immatriculation (art. 55, al. 2, du décret n° 67-237 du 23 mars 1967).

Les modifications sont déposées au greffe dans le délai d'un mois à compter des actes, délibérations ou décisions qui les entraînent (art. 58, al. 3, du même texte), à peine d'inopposabilité.

Les pièces visées sont les actes de nomination des membres du directoire (qui contient la fixation de la rémunération...) et les délibérations de l'assemblée générale nommant les membres du conseil de surveillance. Le cas échéant, ces pièces seront la copie de l'ordonnance nommant un membre du directoire (art. D. 97) ou la délibération du conseil cooptant un nouveau membre (art. L. 137).

Mais les délibérations du conseil choisissant un nouveau représentant social (président du directoire, directeur général) ne sont pas publiées ici, si l'on s'en tient à la lettre du texte, qui ne parle pas de représentation (art. 55). De même pour l'identité du représentant permanant.

Un régime particulier est organisé pour les membres du conseil de surveillance nommés dans les statuts, à la constitution de la société, pour éviter d'avoir à modifier les statuts lors du remplacement des membres ainsi nommés (art. D. 288).

III. — L'inscription au registre du commerce.

365. — Lors de la constitution de la société, afin d'obtenir l'immatriculation, une demande signée du président du directoire ou de son mandataire doit être déposée au greffe (art. 11 du décret 67-237 du 23 mars 1967). La demande contient en autres mentions, « Les noms, prénoms et domicile personnel des associés et tiers ayant le pouvoir de gérer, d'administrer ou de diriger, ou des personnes ayant le pouvoir général d'engager la « société et les membres du conseil de surveillance des sociétés par actions ».

Les indications requises ne sont donc pas des pièces faisant état d'une délibération des organes de la société, mais, comme pour l'insertion dans un journal d'annonces légales, des renseignements sur les dirigeants sociaux. Le terme « ou » opposant les personnes qui dirigent et celles qui engagent la société laisserait penser que la qualité de représentant social n'est pas obligatoirement mise en valeur. C'est important puisque les modifications qui surviennent doivent faire l'objet d'une demande rectificative (art. 26) dans les formes identiques à celles de la première demande (art. 6), présentée dans le délai d'un mois (art. 33).

Une demande d'inscription modificative peut d'ailleurs être présentée par toute personne qui justifie y avoir intérêt (art. 22 du décret n° 67-237). Ainsi un tiers ou une personne faisant partie de la société à un titre ou à un autre, par exemple un membre du directoire dont la démission n'a pas été publiée, pourront rétablir la situation malgré l'inaction de la société. On peut regretter qu'une telle possibilité n'existe pas pour les deux premières formes de publicité, car cette absence fournit un argument de plus aux tiers de mauvaise foi.

IV. — Publication au *Bulletin officiel des Annonces Commerciales.*

366. — Dans le délai de huit jours à compter de l'immatriculation de la société, le greffier doit adresser un avis à insérer au *B.O.D.A.C.* Cet avis contient entre autres (art. 13-A, 10°, du décret n° 67-237) les nom, prénoms et domicile des associés ou des tiers ayant dans la société la qualité de membre du directoire ou de membre du conseil de surveillance. Il n'est pas nécessaire de spécifier qui représente la société, ni qui est président ou vice-président ou représentant permanent au conseil de surveillance. Les modifications qui interviennent sur ces mentions font l'objet d'une même publication (art. 33, al. 2, du décret n° 67-237).

Conclusion du chapitre.

367. — La publicité des nominations et cessations de fonctions des membres du directoire et du conseil de surveillance sera donc régulière lorsque les quatre formalités auront été non seulement faites par la société, mais encore suivies d'effets au registre, au *B.O.D.A.C.* et au journal d'annonces légales. Cela s'accorde-t-il avec l'article 58, al. 4, du décret n° 67-237 ? « Tant qu'ils n'ont pas été déposés, les actes, délibérations, décisions ou déclarations et les pièces annexes soumises au dépôt en application du présent article sont inopposables aux tiers, qui peuvent toutefois s'en prévaloir. »

Il semble bien que oui : l'inopposabilité demeure, en matière de nomination et de cessation de fonctions, jusqu'à ce que la publicité soit régulière, c'est-à-dire entière : il faut donc attendre la parution de l'avis au *B.O.D.A.C.*, et même, vis-à-vis de certains, l'écoulement d'un délai supplémentaire de quinze jours (art. L. 4-1, al. 2).

De même, il faut confronter l'article L. 8 et l'article 58, dernier alinéa, du décret n° 67-237. Ce dernier texte affirme en effet que l'alinéa quatre cité plus haut « n'est pas applicable si la société établit qu'au moment où ils ont traité avec elle, les tiers en cause avaient connaissance des actes, délibérations, décisions, déclarations ou pièces annexées susvisées ». Pareille réserve n'est point reprise par l'article L. 8, et l'on est conduit à penser qu'elle ne s'applique pas aux cas de nomination et de cessation de fonctions.

Pas plus, la porte de sortie instaurée au bénéfice des tiers par l'article L. 4-1, al. 2, ne semble applicable à ces cas; selon ce texte, les mentions du *B.O.D.A.C.* sont inopposables aux tiers si elles sont en discordance avec celles qui figurent au registre; mais ils peuvent s'en prévaloir à moins que la société ne prouve qu'ils ont eu connaissance du texte déposé au registre. Cette construction n'est pas valable ici, car elle s'applique par hypothèse à une publication qui n'a pas été régulièrement faite.

Si l'article L. 8 fait exception aux textes réglementant la publicité des actes de la société, c'est dans le sens d'un formalisme plus strict, destiné à protéger autant les tiers que la société elle-même. La sécurité de chacun est assurée par la stabilité de la situation. C'est pourquoi les actes de nomination déposés constituent pour les tiers une meilleure preuve de l'appartenance au directoire ou au conseil de surveillance (4), que la publicité permanente organisée par l'article D. 153, al. 2. Selon ce texte, la société doit délivrer à toute personne

(4) V. Rép. Min. Just. à M. Valbrun, *J.O.*, Déb. Ass. Nat., 2 août 1975, p. 5542.

qui en fait la demande une copie des statuts avec la liste, comportant leur nom, prénom usuel et domicile, des membres du conseil de surveillance et du directoire. De cette publicité ne découle aucune opposabilité, sauf la preuve éventuelle que le demandeur connaissait les membres en fonction.

En revanche, l'information particulière due aux actionnaires sur le plan interne ne le cède pas devant l'application de l'article L. 8; cette information porte sur les personnes en fonction au directoire et au conseil de surveillance ainsi que sur les candidats au conseil (art. D, 135-1°, 138, 139 et art. L. 168 et 170). Mais si les documents sociaux disparaissent, on pourra avec profit se référer aux actes déposés.

DEUXIEME SOUS-PARTIE

LA SITUATION JURIDIQUE DES MEMBRES DU DIRECTOIRE ET DES MEMBRES DU CONSEIL DE SURVEILLANCE

368. — Lorsqu'ils sont en fonctions, les membres du directoire et les membres du conseil de surveillance sont soumis à un régime dont les principes sont encore plus libéraux que ceux qui commandent à l'accès aux fonctions.

Certes, il existe de nombreuses correspondances entre les règles d'accès et la situation acquise. Notamment, la plupart des aptitudes exigées pour devenir membre des nouveaux organes continuent de jouer par la suite comme conditions du maintien en fonctions. De plus, le système de nomination influe directement sur les fondements de la situation acquise.

Toutefois, les règles propres à cette situation obéissent classiquement au principe de la souveraineté de l'assemblée des actionnaires. Les règles d'origine légale y sont beaucoup moins nombreuses que parmi les règles d'accès. Le « libéralisme » joue en ce sens que les « mandataires sociaux » n'ont pas, dans l'optique classique, la possibilité d'agir et de se maintenir sans rester en parfait accord avec la majorité des actionnaires.

La structure organique de la société à directoire marque un certain essai de distanciation entre l'assemblée générale et les autres organes sociaux. Cela se retrouve au niveau de la situation individuelle des membres. La nouveauté est surtout perceptible en ce qui concerne leur stabilité (titre premier), mais cette dernière n'est pas sans rapport avec leur situation pécuniaire (titre deuxième). L'ensemble fait en tout cas progresser le problème de la nature juridique des fonctions individuelles (titre troisième).

Titre premier : Stabilité des fonctions;

Titre deuxième : Situation pécuniaire;

Titre troisième : Nature juridique des fonctions.

TITRE PREMIER

STABILITE DES FONCTIONS

369. — L'aspiration à la stabilité (1) des fonctions est commune à la grande majorité des situations professionnelles modernes. La direction des sociétés anonymes n'est pas traditionnellement considérée comme une profession, et cela explique qu'elle demeure un bastion de l'instabilité (du moins sur le terrain des principes).

Pourtant, la technicisation de la gestion rend inévitable la professionnalisation, au moins du contenu des tâches, ce qui amène à plus ou moins long terme une certaine séparation entre la propriété et la gestion. Les « mercenaires » sociaux veulent s'assurer de leur avenir personnel au moins autant que de celui de la société.

Mais la situation réelle ne consacre pas encore suffisamment l'évolution discernée dans quelques grandes sociétés. La plupart des dirigeants sociaux sont des actionnaires importants, et le Parlement de 1966 a tenu compte de cette réalité, que l'on retrouve aujourd'hui, guère atténuée (le plus souvent les membres du directoire possèdent un bon nombre d'actions, fréquemment la majorité...).

Néanmoins, un premier pas a été franchi dans le domaine de la révocation (chapitre premier). Désormais, les membres du directoire révoqués peuvent avoir droit à une indemnisation. Il s'agit d'un tournant important dans le droit des sociétés anonymes, où le principe de la révocabilité *ad nutum* semblait sacro-saint.

Cette nouvelle règle retentit sur toute celles qui par ailleurs, précisent les limites de la stabilité en déterminant la cessation des fonctions. On ne peut plus « lire » de la même façon les règles relatives à la démission (chapitre deuxième) ou à l'arrivée du terme fixé par la loi ou les statuts (chapitre troisième). Elles subissent l'influence des solutions données en matière de révocation, car celle-ci donne souvent lieu à une phase contentieuse où se cristallise la qualité, juridique et humaine, des relations instaurées à l'intérieur de la société.

Chapitre premier : Révocation;

Chapitre deuxième : Démission;

Chapitre troisième : Arrivée du terme.

(1) Sur l'ensemble du problème v. P. CIRON, La stabilité des fonctions des dirigeants sociaux dans les sociétés commerciales, th. Bordeaux, 1975, dactyl. Sur un aspect particulier, v. J. STOUFFLET, Le maintien en fonctions des dirigeants des sociétés de presse par l'article 2 de la loi du 28 février 1947, *Mel. Bastian*, t. I, p. 347.

CHAPITRE PREMIER

REVOCATION

370. — C'est au niveau du directoire que des solutions nouvelles sont retenues. Cependant, il faut bien voir que l'introduction d'un élément de stabilité dans cet organe ne peut qu'atténuer la mobilité des membres des autres organes. Les membres du conseil de surveillance, toujours soumis au principe de l'instabilité, vont, par effet de retour, bénéficier de la continuité des fonctions du personnel de gestion qu'ils ont eux-mêmes installé.

Mais ce bénéfice n'est qu'indirect et il est limité par le caractère relatif de la stabilité accordée aux membres du directoire.

Section 1 : Révocation des membres du directoire;

Section 2 : Révocation des membres du conseil de surveillance.

Section 1. — Révocation des membres du directoire.

371. — La stabilité des membres du directoire est assurée par deux sortes de règles : celles qui ont trait à la procédure de révocation et celles qui concernent les effets de cette révocation.

§ 1. — La procédure de révocation des membres du directoire.

372. — Acte grave, la révocation n'est décidée que par des organes dignes de ce pouvoir, et respectueux des modalités précises qui garantissent la justesse de la décision.

I. — L'auteur de la révocation.

373. — Le problème se pose différemment suivant que la révocation va porter sur les fonctions de membre du directoire ou sur les fonctions de représentant social.

A. — Révocation des membres du directoire, investis ou non de fonctions de représentation.

374. — Alors que les membres du directoire sont nommés par le conseil de surveillance, c'est l'assemblée générale qui a le pouvoir de les révoquer. Mais elle ne peut le faire que sur la proposition du conseil de surveillance (art. L. 121, al. 1er).

Cette absence de parallélisme des formes, ou « d'homologie » (2), est un trait original de la société à directoire. Il n'a pas été adopté sans discussion (3), et ne va pas sans créer de difficultés.

375. — Le droit allemand, choisi pour modèle, organise la révocation des membres du Vorstand par l'Aufsichtsrat (4). René Capitant et le député Le Douarec avaient repris cette résolution, que le sénateur Dailly défendit également, avec l'approbation du Sénat.

La solution de l'article L. 121, al. 1er, prônée par la Commission de l'Assemblée nationale dès la première lecture « pour constituer une garantie contre les révocations arbitraires » (5), vint difficilement à bout de la résistance du Sénat, favorable à l'extension des pouvoirs du conseil de surveillance (6). Il fallut la commission mixte paritaire, « soucieuse d'assurer la stabilité du directoire et de ne pas le faire dépendre trop étroitement du conseil de surveillance » (7).

La procédure retenue nécessite donc deux décisions, celle du conseil et celle de l'assemblée. Elle se présente comme une sorte de compensation à la diminution de stabilité concédée par les auteurs de l'amendement aux adversaires de la solution allemande. Ne voulant pas de la révocation conditionnelle, le Parlement a cherché un autre système susceptible d'assurer une stabilité moins forte que celle des membres du Vorstand, qui ne peuvent être révoqués que s'il existe à leur encontre des motifs graves.

Dans le système allemand, les gestionnaires ont des garanties de fond. C'est également le sens des projets européens (8). Cela leur permet de confier au conseil de surveillance le pouvoir de révocation. Dans le système français, il y a d'abord une garantie formelle (double décision) puis un dispositif de dissuasion (indemnisation des révocations injustifiées).

On peut alors s'étonner de voir le rapport Sudreau préconiser la révocation par le conseil de surveillance sans apporter par ailleurs d'autres garanties aux membres du directoire (9).

Certes, le principe de la double décision peut être critiqué. Si le conseil échoue dans sa proposition, il a d'autres moyens de rendre difficile le travail du directoire. En outre, la double décision apparaît souvent comme une garantie théorique, puisque le conseil de surveillance n'est la plupart du temps qu'un décalque de l'assemblée. Enfin, la double décision peut entraîner des retards préjudiciables à l'activité sociale.

De plus, on peut défendre le principe d'une révocation par le seul conseil : si l'assemblée n'est pas d'accord, elle pourra facilement révoquer le conseil lui-même; en outre, cette modalité résout le problème particulier posé par la révocation des représentants sociaux.

Toutefois, la proposition du rapport Sudreau consacrerait objectivement un recul de la stabilité des membres du directoire, d'autant plus inquiétant que le

(2) Si l'on veut reprendre l'expression de M. A. DALSACE (*D.* 1969, 384).
(3) V. J.-J. CAUSSAIN, Le directoire et le conseil de surveillance dans la nouvelle société anonyme, th. Paris, 1968, p. 74 et s.; *J.-Cl. Sociétés*, fasc. 133-C, nos 49 et 50; H. LABORD, *Directoire et conseil de surveillance*, Dunod-Economie, 1969, p. 37; HÉMARD, TERRE et MABILAT, t. I, n° 1077, p. 949.
(4) Aktg, § 84.
(5) Rapport n° 1368, *J.O.*, Ass. Nat., Documents et annexes, 1965, p. 704.
(6) Première lecture : *J.O.*, Déb. Sénat, 22 avril 1966, p. 254. Deuxième lecture : *J.O.*, Déb. Sénat, 22 juin 1966, p. 929.
(7) *J.O.*, Déb. Ass. Nat., 1966, Annexe n° 1932, p. VIII.
(8) Projet Sanders, art. IV, 1, 2, 7. Projet C.E.E., art. 63, 70.
(9) P. 110.

rapport manque de clarté sur les autres aspects de la procédure de révocation. Rien n'est dit sur le sort des simples membres du directoire. La nouvelle répartition proposée autour du président du directoire laisserait croire que le sort des membres serait analogue à celui des actuels directeurs généraux de la société anonyme de type classique, qui suivent leur président (10).

En faveur du président du directoire, il est prévu « un recours devant l'assemblée générale ». Ce recours exclut-il le recours judiciaire ? L'assemblée sera-t-elle seule habilitée à apprécier l'intérêt social ? Le conseil pourra-t-il révoquer *ad nutum* ? Y aura-t-il une procédure spéciale en cas de cosurveillance ?

Toutes ces questions laissées en suspens par le rapport sont fondamentales pour l'équilibre général de la société. Certes, l'on peut se féliciter de la proposition visant à éviter que le directoire ne dispose des pouvoirs en blanc pour s'opposer à sa propre révocation ou pour susciter celle du conseil (et qui, alors, fera usage de ces pouvoirs ? Existe-t-il un organe « neutre » ?). Il faut cependant déplorer le silence du rapport sur le problème de la stabilité, d'autant plus grave que jusqu'ici, la jurisprudence a adopté une position restrictive en matière de juste motif de révocation (v. plus loin).

376. — Dans le droit actuel, les deux décisions nécessaires pour obtenir la révocation doivent se succéder dans un ordre déterminé : la première décision, c'est-à-dire l'initiative, revient nécessairement au conseil de surveillance (11); L'assemblée ne peut ni prendre seule la décision, ni faire autre chose qu'approuver ou désapprouver.

On peut alors s'interroger sur la validité de certaines décisions de l'assemblée générale, dont l'effet est d'obliger les membres du directoire à cesser leurs fonctions, spécialement lorsqu'une modification statutaire a pour effet de mettre fin prématurément aux fonctions des membres du directoire : fixation d'une limite d'âge inférieure, d'un minimum d'actions à posséder, exigence de diplômes, etc. Sans même parler de droits acquis, le principe de la spécialité des pouvoirs conduit à rejeter la validité de ces décisions en tant qu'elles s'appliquent aux membres déjà en fonctions.

De même le conseil de surveillance ne pourrait-il décider d'évincer au membre du directoire en réduisant le nombre total des membres, dans la mesure où les statuts lui confèrent ce pouvoir.

En outre, serait entachée de nullité la décision de révocation prise par l'assemblée générale avant que le conseil n'ait formé de proposition (12).

Ces irrégularités n'auront pas à se produire fréquemment puisque la majorité de l'assemblée fait normalement celle du conseil. Et s'il en était autrement, c'est le conseil lui-même dont les membres encoureraient la révocation (13).

377. — L'intérêt des membres du directoire semble donc résider dans le fait qu'ils disposeront de temps pour faire valoir leur point de vue.

Cette lenteur peut, dans certains cas, préjudicier à la société. A M. Dailly, qui faisait cette remarque, il a été répondu qu'en cas d'urgence il serait toujours possible de saisir le juge des référés (14). Une telle action, ouverte norma-

(10) Cf. récemment Cass. Com. 14 févr. 1977, *J.C.P.* 1977, C.I., 6023.
(11) H. Lecompte, La société anonyme avec directoire, *Rev. Trim. Dr. Com.* 1968, p. 243.
(12) H. Lecompte, A propos de la révocation de membres du directoire, *J. Soc.* 1974, p. 65, n° 5.
(13) D. Bastian, La réforme du droit des sociétés commerciales, *J.C.P.* 1968, I, 2183, n° 481.
(14) H. Lecompte, *Rev. Trim. Dr. Com.* 1968, préc. p. 247.

lement à tout intéressé, aboutirait probablement à la suspension du membre du directoire dont le maintien en fonction est devenu dangereux pour la société. Il y aurait lieu à nomination d'un administrateur judiciaire si cette suspension avait pour effet de priver la société de représentant social, à moins que le conseil de surveillance ne puisse, dans le cadre des clauses statutaires, soit nommer un nouveau membre du directoire, soit conférer le pouvoir de représenter la société à un membre déjà en place (15).

Un auteur (16) a même estimé que les statuts pourraient autoriser le conseil à suspendre lui-même le membre du directoire dont il a proposé la révocation, jusqu'à ce que l'assemblée se prononce. Cette solution, en apparence pratique, nous semble accorder trop d'influence au conseil de surveillance, alors que le recours au juge garantit l'impartialité dans l'appréciation des causes de la suspension (maintien en fonction dangereux pour la société). Si le problème se pose en jurisprudence, on pourra y voir un indice supplémentaire du partage des pouvoirs entre le conseil et le directoire.

378. — Notons d'ailleurs que le juge ne peut lui-même révoquer un membre du directoire, faute d'un texte analogue à l'article L. 55, al. 2, ou, *a contrario*, à l'article D. 97. Cette solution trouve une confirmation, par analogie, dans l'article 32 de l'ordonnance n° 67-820 du 23 septembre 1967 : le juge peut parfois demander aux organes sociaux de prononcer la révocation, il ne peut la décider lui-même.

Cela étant, on peut toujours discuter sur l'opportunité d'offrir aux actionnaires minoritaires la possibilité d'obtenir en justice la révocation d'un membre du directoire. Ce serait certes mettre le juge dans le cas d'apprécier une nouvelle fois la valeur de la gestion sociale. Mais cela permettrait aux actionnaires qui veulent rester dans la société de faire œuvre salubre lorsque, par exception, un dirigeant majoritaire dilapide le patrimoine social.

Toutefois, le droit actuel est bien éloigné d'une telle solution puisqu'il n'admet même pas les propositions de candidatures présentées par les minoritaires. De plus, rien n'empêche la majorité de nommer une personne tout aussi défavorable aux intérêts des minoritaires, pour remplacer le dirigeant révoqué. La seule défense actuelle des minorités semble être, sur ce terrain, le recours à l'administration judiciaire.

379. — Mais on a aussi proposé de faire jouer, en cas d'urgence, l'ancienne jurisprudence sur les incidents de séance (17). Le formalisme s'en trouverait certes considérablement allégé, il ne serait pas nécessaire de faire une nouvelle convocation de l'assemblée avec un ordre du jour adéquat. Mais le formalisme est une garantie pour les actionnaires et pour les membres qu'on veut révoquer; il y a d'ailleurs peu de chances que l'urgence d'une révocation coïncide innocemment avec la tenue d'une assemblée générale; et l'article L. 160 n'ouvre la possibilité d'une révocation sans inscription à l'ordre du jour qu'à l'encontre « des administrateurs et membres du conseil de surveillance », ce qui montre bien que cet article vise aussi et clairement la société à directoire (18).

Plus généralement, le conseil de surveillance ne saurait profiter d'une quasi-simultanéité des deux décisions (la sienne et celle de l'assemblée) pour empêcher

(15) Art. D. 97 et L. 126, al. 2.
(16) P. Ciron, La stabilité des fonctions des dirigeants sociaux dans les sociétés commerciales, p. 155 et 156, th. Bordeaux, 1975, dactyl.
(17) J.-L. Aubert, La révocation des organes d'administration des sociétés commerciales, *Rev. Trim. Dr. Com.* 1968, p. 977, spé. p. 992, n. 5.
(18) Ripert et Roblot, t. I, n° 1315.

les membres du directoire de préparer leur défense devant l'assemblée. Ainsi, le conseil ne pourrait pas indiquer dans l'ordre du jour de l'assemblée qu'il convoque qu'il sera question de la révocation des membres du directoire tant qu'il n'a pas lui-même arrêté sa proposition de révocation. Il serait souhaitable à cet égard que le décret d'application de la loi de 1966 réglemente les conditions formelles de la proposition (19).

L'article L. 121 ne précise pas quelle assemblée est compétente pour révoquer les membres du directoire : la compétence plénière de l'assemblée générale ordinaire s'impose donc (20) (art. L. 155), et le raisonnement fondé sur une application extensive de l'article L. 160, al. 3 (21), ne peut s'appliquer ici, puisque ce texte ne concerne pas les membres du directoire.

B. — RÉVOCATION DES MEMBRES DU DIRECTOIRE EN TANT QUE REPRÉSENTANTS SOCIAUX.

380. — Les règles de l'article L. 121 sont-elles applicables au président du directoire ? La question a été abordée par un jugement du Tribunal de Commerce de Roubaix (22) qui reconnaît au conseil de surveillance le pouvoir de révoquer le président du directoire. Au soutien de sa décision, le Tribunal fait remarquer que la « loi ne prévoit rien en ce qui concerne la durée de la présidence du directoire » ni la révocation du président. Il estime que la stabilité est nécessaire à la direction, mais pas à la représentation, et que la mise en place de cette dernière est du ressort intégral du conseil de surveillance : c'est cet organe qui choisit le président du directoire et qui nomme, si les statuts l'y autorisent, une ou plusieurs directeurs généraux (art. L. 126, al. 2).

Cette analyse est en partie confirmée par la Cour de Douai, à qui l'affaire a été soumise en appel (23), et qui estime que si le conseil de surveillance est bien compétent pour révoquer le président, il doit le faire avec juste motif (dont l'existence en l'occurrence a été admise).

Bornons-nous d'abord à examiner le problème de l'auteur de la révocation, qui se pose de façon presque identique pour le président et les directeurs généraux.

381. — Contre la compétence du conseil, on peut faire valoir quelques arguments. En effet, le silence de la loi concernant le président du directoire peut fort bien signifier qu'une totale assimilation de statut doit être réalisée entre lui et les « simples » membres. La stabilité peut être entendue du directoire *in globo* (24), c'est-à-dire une équipe conçue avec une certaine répartition des fonctions, soigneusement estimée lors de la mise en place par le conseil de surveillance, qui se trouve lié par l'acte de nomination (25).

(19) En ce sens, H. LECOMPTE, *J. Soc.* 1974, préc. n° 5.
(20) En ce sens, H. LECOMPTE, *J. Soc.* 1974, préc. n° 6.
(21) V. Rennes 25 févr. 1972, *J.C.P.* 1972, II, 17220, n. H. M. SYNVET; *Rev. Trim. Dr. Com.* 1972, 921, obs. R. HOUIN; *Rev. Soc.* 1974, 101, n. M.-A. COUDERT.
(22) T. Com. Roubaix 25 juil. 1973, *Bul. Inf. Soc.* 1974, § 320, p. 592; *Rev. Trim. Dr. Com.* 1973, p. 577, n° 15, obs. R. HOUIN; P. CIRON, th. préc. p. 153; Ph. MERLE et E. CHEVALLIER-MERLE, L'application jurisprudentielle de la loi du 24 juillet 1966, n° 303, p. 342.
(23) Douai 17 juin 1976, *Gaz. Pal.* 25-26 mars 1977, n. A.P.S.; *Rev. Soc.* 1977, 266, n. J. J. BURST; *Bul. Inf. Soc.* 1977, 187; *D.* 1977, 518, n. J.-C. BOUSQUET; *Rev. Trim. Dr. Com.* 1977, 548, obs. R. HOUIN; R. CONTIN et M. DESLANDES, *D.* 1977, Chron. 295.
(24) Rappr. H. LECOMPTE, Etudes de divers problèmes concernant le fonctionnement des sociétés à directoire, *Mél. Bastian*, t. I, p. 149; *J. Soc.* 1973, p. 263.
(25) H. LECOMPTE, *J. Soc.* 1974, préc. p. 69, n° 4, la note.

Quant à la compétence du conseil de surveillance pour conférer le pouvoir de représentation, elle n'est qu'exceptionnelle dans l'article L. 126, al. 2. Et si elle est obligatoire dans l'article L. 120, al. 1er, pour le président, on peut hésiter à en déduire que l'organe qui confère a le pouvoir de retirer : cette règle est précisément écartée pour les membres du directoire parmi lesquels est choisi le président, selon ce même article L. 120, al. 1er. En outre, les travaux préparatoires montrent que l'on a voulu éviter que le conseil de surveillance ait un pouvoir de révocation (26).

De plus, l'idée selon laquelle le représenté peut toujours révoquer son représentant perd ici de sa force : le président du directoire représente plus le directoire, dont il exécute les décisions dans l'ordre externe, que le conseil de surveillance qui n'a fait, justement, que le désigner. Il est inutile ici de dire que, de toute façon, c'est la société qui est représentée : c'est à un choix entre les organes de la société que le problème invite.

382. — Ces arguments empêchent à coup sûr le conseil de surveillance de révoquer le président du directoire de la totalité de ses fonctions au directoire. A la différence du Tribunal de Commerce de Roubaix, la Cour de Douai a d'ailleurs été fort claire à ce propos : la mission de représentation peut être retirée à l'intéressé par simple décision du conseil de surveillance, « la fonction et les pouvoirs attachés à la qualité de membre du directoire n'étant pas atteints par une telle décision » (27).

La distinction mérite à notre sens d'être approuvée (28). Certes, il y aura une atteinte à la situation du directoire tel qu'il était, *in globo*, lors de sa nomination. Mais l'exigence de collégialité ne doit pas devenir excessive. D'une part, la loi ne limite pas l'époque à laquelle le conseil peut, si les statuts lui en donnent la possibilité, nommer des directeurs généraux. D'autre part, c'est le conseil de surveillance qui, non seulement nomme les représentants de la société, mais aussi autorise la répartition des tâches au sein du directoire (art. D. 99).

Cela montre que si le conseil doit respecter la collégialité du directoire, il peut aussi, dans une certaine mesure, la moduler, et cette modulation porte, entre autres, sur la fonction de représentation.

Certes, on peut encore faire valoir que la révocation du président du directoire par le conseil de surveillance poussera le premier à démissionner de ses fonctions de membre du directoire (surtout si on le dépouille de sa voix prépondérante, ou de sa rémunération la plus élevée). Et l'on craint que le conseil ne profite de ce biais pour organiser une présidence tournante (29).

Mais ces pratiques ne sont pas anti-collégiales à l'excès. Et le président du directoire conserve la stabilité qu'a voulue la loi dans la mesure où il ne peut être révoqué des fonctions qui lui restent, (c'est-à-dire membre du directoire) que par une double décision du conseil et de l'assemblée, pouvant, éventuellement, donner lieu à une indemnisation. L'atteinte à la stabilité des fonctions ne sera réalisée que si l'ancien président du directoire à l'esprit impressionné par cette — légère — régression.

Profitons-en pour dire que, contrairement à ce qu'indique la Cour de Douai, il n'est nullement certain que la révocation du président de ses fonctions

(26) *J.O.*, Déb. Ass. Nat., 1966, Annexe n° 1932, p. VIII; P. Ciron, th. préc. p. 155.
(27) Douai 17 juin 1976, préc.
(28) V Ripert et Roblot, t. I, 9e éd., n° 1334-1; R. Houin, obs. préc., *Rev. Trim. Dr. Com.* 1973, 577. Rappr. D. Bastian, *J.C.P.* 1966, I, 2183, n° 482; J.-J. Caussain, *J.-Cl. Sociétés*, fasc. 133-C, n° 55; Mercadal et Janin, n° 1546; J. J. Burst, note préc.; *Rev. Soc.* 1977, 270.
(29) Sur tous ces points, v. H. Lecompte, *J. Soc.* 1974, préc. p. 69, n° 4. Rappr. Hémard, Terre et Mabilat, t. I, n° 1104, p. 969.

de représentant social puisse faire l'objet d'une indemnisation en cas d'absence de juste motif.

En effet, l'article L. 121, al. 1er, *in fine*, ne s'applique pas ici, et la révocabilité *ad nutum* reste la règle (30). On conçoit mal qu'en l'absence de texte un représentant social puisse cumuler une double indemnisation lorsqu'il quitte le directoire.

Une telle position aurait évité à la Cour de Douai une appréciation par trop extensive du juste motif de l'article L. 121 (v. plus loin).

Mais il faut admettre que les statuts, s'ils ne peuvent autoriser la révocation « entière » du président du directoire — ou des directeurs généraux — par le seul conseil de surveillance (31), pourraient certainement étendre le système du juste motif à la révocation des fonctions de représentant social, ou même, sélectivement, au seul président du directoire à l'exclusion des directeurs généraux.

Ils pourraient aussi confier le pouvoir de révocation du président du directoire ou des représentants sociaux à l'assemblée des actionnaires, voire au directoire lui-même, puisqu'aucune affectation légale de cette fonction n'est organisée.

De toute manière, le représentant social révoqué ne pourra pas, contrairement à ce que suggère la Cour de Douai, faire appel à l'arbitrage de l'assemblée générale. Seul le directoire *in globo* peut convoquer cette dernière (art. L. 158, al. 1er). *A fortiori*, ce recours ne peut-il être considéré comme la condition de l'indemnisation du président ou du directeur général révoqué !

Ces problèmes ne se poseront pas pour le directeur général unique, qui cumule la direction et la représentation de la société, à moins qu'une clause des statuts ne permette au conseil d'augmenter le nombre des membres du directoire et/ou de nommer des directeurs généraux.

II. — Modalités de la révocation.

383. — Qui peut convoquer l'assemblée aux fins de statuer sur la révocation des membres du directoire ?

Le terme « proposition » (art. L. 121) laisse croire à une exclusivité du conseil de surveillance en la matière (32). Mais à supposer que cette interprétation ne soit pas retenue, le problème se pose alors de savoir ce que devra contenir l'ordre du jour arrêté par l'un des organes habilités par l'article L. 158. S'il doit contenir la proposition du conseil de surveillance, la marge de manœuvre du directoire, des commissaires aux comptes ou du mandataire de minorité, est nulle. Si l'on peut se contenter de préciser que l'on abordera à l'assemblée le problème de la révocation des membres du directoire, un projet de résolution suffit (art. L. 160, al. 2) et son auteur disposera du délai minimum de quinze jours prévu à l'article D. 126, pour obtenir du conseil une proposition de révocation, en faisant usage, le cas échéant, des dispositions de l'article D. 107, al. 2 et 3. Mais le conseil devra tenir une réunion et statuer, dans les conditions habituelles de l'article L. 139, avant la tenue de l'assemblée générale.

Toutefois, le procédé doit être écarté dans la mesure où il aboutirait à la quasi simultanéité des décisions du conseil et de l'assemblée; cela va à l'encontre

(30) Mercadal et Janin, n° 1546; R. Houin, obs. citées, n. 22.
(31) Comp. H. Lecompte, *J. Soc.* 1974, préc. p. 69.
(32) H. Lecompte, *Rev. Trim. Dr. Com.* 1968, préc. p. 247; B. Piédelièvre, Le directoire et le conseil de surveillance des sociétés anonymes de type nouveau, *Gaz. Pal.* 1968, 1, Doctr. 94, n° 55.

des intentions du législateur, qui voit dans la dualité une garantie permettant au membre du directoire attaqué de préparer sa défense.

Il est évident que le conseil peut se rétracter avant que la proposition de révocation ne soit inscrite à l'ordre du jour d'une convocation de l'assemblée. Il serait préférable, pour la stabilité du directoire, que la rétractation puisse se produire jusqu'à la tenue de l'assemblée. La question figurerait à l'ordre du jour, condition formelle. Mais l'assemblée n'aurait plus à voter, faute d'une condition de fond.

Si tout se passe normalement, le directoire va disposer d'au moins quinze jours (art. D. 126) et souvent de beaucoup plus. Mais si le conseil laisse passer une assemblée sans requérir l'inscription à l'ordre du jour d'une proposition de révocation qu'il a votée au préalable, il y a lieu de considérer que la proposition n'est plus valable. Sinon, quelle épée de Damoclès au-dessus de la tête des membres du directoire, alors qu'ils ne sont pas justiciables de la révocation de l'article L. 160, al. 3 !

Quant au vote de l'assemblée, les droits des sociétés anonymes classique et nouvelle ne diffèrent pas. Il en va autrement pour les conséquences de ce vote, lorsqu'il aboutit à la révocation.

§ 2. — Conséquences de la révocation des membres du directoire.

384. — A défaut de dispositions légales sur ce point, la révocation prend effet à compter de la date déterminée par l'assemblée. Cette date ne saurait être trop éloignée, dans l'intérêt même de la société. Il faut exiger aussi qu'elle soit précise, de façon à éviter le chantage qu'on imagine.

La nullité de la révocation ne peut résulter que de l'inobservation des conditions de fond (décisions du conseil et de l'assemblée) et de forme (que ces décisions soient prises régulièrement) : le membre du directoire sera censé alors n'avoir jamais quitté ses fonctions. Il n'est pas d'autre condition, pas de préavis ni de motif de révocation, dont l'absence ou l'irrégularité puisse entraîner la nullité de la révocation.

Toutefois, l'article L. 121 met en œuvre pour protéger les membres du directoire, un système de dissuasion qui tient en deux propositions : « si la révocation est décidée sans juste motif, elle peut donner lieu à des dommages et intérêts »; « au cas où l'intéressé aurait conclu avec la société un contrat de travail, la révocation de ses fonctions n'a pas pour effet de résilier ce contrat ».

I : L'allocation de dommages et intérêts en cas d'absence de juste motif de révocation;

II : Le maintien du contrat de travail du membre du directoire révoqué.

I. — L'allocation de dommages et intérêts en cas d'absence de juste motif de révocation.

385. — Déjà préconisée par une partie de la doctrine au sujet des administrateurs (33), cette règle est apparue à la suite d'un amendement du sénateur

(33) V. E. GAILLARD, La société anonyme de demain, th. Paris, 1932, p. 131; ESCARRA, *Cours de droit commercial*, n° 801; RIPERT et ROBLOT, t. I, n° 1286.

Dailly; ce dernier désirait convier les membres des conseils de surveillance « à une très grande prudence » en matière de révocation (34).

Il faut dire qu'à l'origine, la stabilité accordée aux membres du comité de direction était encore beaucoup plus forte; l'amendement Capitant Le Douarec proposait : « si la révocation est prononcée sans juste motif, le Tribunal doit l'annuler, sans préjudice des dommages et intérêts qui pourraient être dus » (35).

La Commission de l'Assemblée Nationale avait écarté cette conception « en raison notamment de la longueur de la procédure » (36). C'était refuser la version française la plus proche du droit allemand (révocation pour motifs graves) (37). La Commission se contentait d'assurer « l'indépendance et la stabilité » du directoire en exigeant la double décision du conseil de surveillance et de l'assemblée.

La Commission mixte paritaire reprit ces raisons pour justifier et la double décision et l'indemnisation en cas d'absence de juste motif de révocation.

Il en ressort une règle laconique, utilisant des concepts fluides qui devaient nécessairement donner lieu à jurisprudence.

A. L'absence de juste motif de révocation;

B. L'allocation de dommages et intérêts.

A. — L'absence de juste motif de révocation.

386. — En matière de révocation des dirigeants sociaux, l'expression juste motif n'apparaît que dans la loi du 24 juillet 1966 à propos des gérants de sociétés en nom collectif (art. L. 18, dernier alinéa) (38), des gérants de S.A.R.L. (art. L. 55, al. 2) et pour les membres du directoire (art. L. 121). Jusqu'alors, l'article 1856 du Code Civil (révocation judiciaire du gérant statutaire) et l'article 24, al. 3, de la loi du 7 mars 1925 (révocation du gérant statutaire de S.A.R.L. par les associés) avaient usé de l'expression « cause légitime ». On retrouve d'ailleurs cette expression dans la loi de 1966 à l'article L. 252, dernier alinéa (révocation judiciaire du gérant des sociétés en commandite par actions) et aussi, ce qui semble plus étonnant, dans l'article L. 55. Dans ce dernier texte, cause légitime et juste motif voisinent. Certains se sont dès lors demandés s'il n'y avait pas de différence entre les deux expressions (39).On peut certes convenir d'une différence à propos des conséquences : de la cause légitime dépend l'existence de la révocation (comme dans le mandat d'intérêt commun), alors que du juste motif dépend seulement le versement de dommages et intérêts. De plus, la cause légitime est appréciée par le juge dans une révocation judiciaire alors que le juste motif est apprécié par les associés dans une procédure qui se déroule à l'intérieur de la société. La première peut donner lieu à une révocation par une minorité, le second accompagne une révocation par la majorité (40). Et l'on se rappelle la distinction entre la cause et les motifs élaborés par la théorie causaliste classique dans le cadre du régime général du contrat.

(34) *J.O.*, Déb. Sénat, 23 avril 1966, p. 250.
(35) *J.O.*, Ass. Nat. Documents, 1965, annexe n° 1368, p. 704.
(36) *Ibid.*
(37) Aktg, § 85. V. Escarra et Rault, t. IV, n° 1418. Rappr. projet Sanders, art. IV-1-2, 7; projet C.E.E., art. 63-7°.
(38) V. M. Remond, L'article 18 et la révocation du gérant, *Rev. Soc.* 1972, 421.
(39) Mercadal et Janin, n° 865.
(40) P. Ciron, th. préc., p. 79.

On en a conclu que la cause légitime était réalisée dans la faute du gérant, alors que « l'attribution au gérant de dommages et intérêts sous-entend plutôt une faute commise par les associés dans l'exercice de leur droit de révocation » (41). Il y aurait donc, avec la cause légitime, une action en révocation entre le gérant, et avec le juste motif, une action en responsabilité contre la société qui révoque.

On pourrait trouver une certaine confirmation de ces conceptions dans le rapport Le Douarec présenté en première lecture : « pour éviter tout abus dans l'exercice du droit de révocation, le texte précise que le gérant pourra avoir droit à une indemnité, si la décision a été prise sans juste motif » (42).

387. — Cependant, le même rapport précise un peu plus loin : « il ne convient pas, semble-t-il, d'attacher à l'expression justes motifs, en l'absence desquels la révocation par les associés peut ouvrir droit à indemnité, une portée différente de celle de l'expression cause légitime sur laquelle peut être fondée une décision de révocation judiciaire ».

On doit observer également que la jurisprudence emploie l'une pour l'autre ces expressions, au pluriel ou au singulier (43). En outre, la cause légitime peut être aussi la condition d'une révocation par les associés : la jurisprudence a estimé que la révocation du gérant n'était pas nécessairement judiciaire (44). Mais elle est restée stricte sur les conséquences de la révocation (réintégration) (45) malgré les critiques de la doctrine sur le caractère peu pratique de cette solution (46).

Tout au plus peut-on dire que le juste motif risque d'être apprécié plus largement que la cause légitime dans la mesure où la protection des gérants a été diminuée en 1966 (47); dans l'esprit des juges, l'indemnisation pour absence de juste motif sera moins élevée que celle qui était versée autrefois au gérant indûment révoqué qui renonçait à sa réintégration. Mais cette attraction n'est peut-être pas justifiée, car il ne faut pas confondre le montant du préjudice avec le fait générateur. De plus, l'indemnisation est moins gênante pour la société que le maintien en fonction d'un dirigeant indésirable. Enfin, l'utilité du raisonnement n'apparaît pas pour les sociétés anonymes, où la protection des dirigeants n'a pas été diminuée, mais renforcée.

388. — La différence entre le juste motif et la cause légitime ne se trouve pas dans leur définition, mais seulement dans quelques-uns de leurs effets. Il est capital de saisir la perspective du juste motif : il est défini comme une cause de révocation, mais la révocation elle-même ne dépend pas de son existence. On pourrait dire aussi que la cause légitime doit exister pour qu'il y ait révocation, alors que ce qui compte avec le juste motif, c'est son absence. S'il existe, la révocation est valable et n'entraîne pas d'indemnisation. S'il n'existe pas, la révocation est tout aussi valable, mais elle peut donner lieu à une indemnisation.

(41) MERCADAL et JANIN, n° 865. Une opinion proche est avancée par le doyen J.-L. AUBERT (*Rev. Trim. Dr. Com.* 1968, préc. p. 995, n° 21) qui part d'une définition restrictive de la cause légitime faite par M. C.-J. BERR sous l'empire de la loi du 7 mars 1925 (L'exercice du pouvoir dans les sociétés commerciales, n° 675, p. 389).

(42) Rapport n °1368, *J.O.*, Ass. Nat. Doc., 1965, p. 686.

(43) V. par exemple, Nancy 9 déc. 1949, *Rev. Soc.* 1950, 38.

(44) V. H. SOLUS, Portée et effets de la révocation du gérant d'une S.A.R.L. *J.C.P.* 1944, I, 437; — Cass. Req. 21 mars 1939, *J.C.P.* 1939, II, 1218; 8 juil. 1947, I, 166; J. LEBLOND, De la révocation des gérants de S.A.R.L., *J. Soc.* 1949, p. 353.

(45) Req. 23 févr. 1944, *J.C.P.* 1944, II, 2722; *S.* 1949, 1, p. 9, n. LAGARDE.

(46) H. SOLUS, préc.; HAMEL et LAGARDE, t. 1, n° 803, p. 925; ESCARRA, *Cours de Dr. Com.*, n° 965, p. 618; C.-J. BERR, n° 668, p. 386; P. CIRON, th. préc., p. 75.

(47) J.-L. AUBERT, art. préc.

La grande majorité des auteurs n'a d'ailleurs pas hésité à reconnaître l'identité de définition entre la cause légitime et le juste motif (48).

Mais les premières décisions judiciaires rendues en matière de révocation des membres du directoire donnent quand même l'impression que le juste motif est apprécié plus largement que la cause légitime.

389. — La première espèce a été jugée par le Tribunal de Commerce de Paris (49) sur les faits suivants. Une société anonyme de type nouveau, Jour Azur, fait de mauvaises affaires (50). Dans l'espoir d'une amélioration, elle engage un « directeur général adjoint », Henry, comme salarié. Puis elle nomme Henry au directoire et lui confère le pouvoir de la représenter vis-à-vis des tiers. Le nouveau directeur général présente un plan de redressement et fait appel, pour le réaliser, à la bonne volonté — pécuniaire — des actionnaires.

Six mois plus tard, les affaires vont encore plus mal. Le conseil de surveillance suspend l'application du plan conçu par Henry; deux mois passent encore, et la société entame une série de licenciements qui finit par toucher Henry.

C'est alors qu'apparaît un nouveau groupe décidé à renflouer la société. La plupart des membres du conseil de surveillance démissionnent, ainsi que tous les membres du directoire, à l'exception d'Henry. L'assemblée nomme un nouveau conseil qui désigne trois autres membres du directoire et propose la révocation d'Henry à l'assemblée, qui la prononce. Henry saisit à la fois le Conseil des Prud'hommes et le Tribunal de Commerce, car il estime qu'il a été licencié abusivement, et révoqué sans juste motif.

La seconde affaire (51) repose sur des faits presque similaires.

Lapeyre, « ingénieur conseil en organisation du travail et gestion des entreprises », est nommé membre du directoire dans une société en difficulté. Vingt-deux mois plus tard, la société est en passe de déposer son bilan (52). Les membres du directoire démissionnent, sauf Lapeyre, que la société révoque afin de permettre la réorganisation exigée par les banques pour l'octroi de nouveaux crédits.

Lapeyre intente alors une action en dommages et intérêts pour licenciement abusif, devant le Conseil des Prud'hommes qui lui donne raison. La société fait appel en contestant la compétence du Conseil des Prud'hommes. La Cour admet l'incompétence, car elle constate qu'il n'y avait pas de contrat de travail; puis elle

(48) J. HÉMARD, *Encycl. Dalloz*, Sociétés, v° *Responsabilité limitée*, n° 319; P. BEZARD, *J.-Cl. Sociétés*, fasc. 74-1, n° 92; D. BASTIAN, *J.C.P.* 1967, I, 2121, n° 298; RIPERT et ROBLOT, t. I, n°s 960 et 1315; HAMIAUT, *La réforme des sociétés commerciales*, p. 73; B. PIEDELIÈVRE, *Situation juridique et responsabilité des dirigeants des sociétés anonymes après la loi du 24 juillet* 1966; J.-J. CAUSSAIN, *J.-Cl. Sociétés*, fasc. 133-C, n° 53; HÉMARD, TERRE et MABILAT, t. I, n°s 453 et 1079; M.-J. COFFY, *J. Not.* 1971, p. 1259, n° 29; J. J. BURST, note *Rev. Soc.* 1973, p. 674; Y. GUYON, *Rev. Soc.* 1978, 485. Comp. P. CIRON, th. préc., p. 81.

(49) T. Com. Paris 5 juil. 1972, *Bul. Inf. Soc.* 1973, p. 275; *Gaz. Pal.* 1973, I, 299, n. P. DELAISI, *Rev. Soc.* 1973, 668, n. J. J. BURST, *J.C.P.* 1974, II, 17743, n. H. M. SYNVET, *Rev. Trim. Dr. Com.* 1973, 575, obs. R. HOUIN. V. Ph. MERLE et E. CHEVALLIER-MERLE, *L'application jurisprudentielle de la loi du 24 juillet* 1966, n° 301, p. 336.

(50) Cette société avait été créée par le groupe Floirat pour lancer et exploiter le magazine *Un jour*, gratuit à l'origine. De premières difficultés financières avaient amené le groupe La Redoute à soutenir l'opération. C'est à ce moment qu'Henry fut nommé. Sa révocation résultera de l'arrivée du groupe Gault et Millau.

(51) Rennes 28 mars 1973, *J.C.P.* 1974, II, 17743, n. H. M. SYNVET; *J. Soc.* 1974, p. 167, n° 8171; *Rev. Soc.* 1974, 708, n. J. J. BURST; *Rev. Trim. Dr. Com.* 1974, 298, obs. R. HOUIN; Ph. MERLE et E. CHEVALLIER-MERLE, préc., n° 302, p. 339.

(52) Ce qu'elle fit quelques mois plus tard. Fabricant des chaussures, cette société de Fougères (Ille-et-Vilaine) a durement ressenti les effets de la concurrence internationale.

évoque le fond de l'affaire, c'est-à-dire se prononce sur le point de savoir s'il y avait eu ou non juste motif de révocation.

Dans les deux espèces, le Tribunal et la Cour ont estimé que la révocation était justifiée. Mais le premier s'est fondé principalement sur une divergence de conceptions entre la nouvelle majorité et le directeur général révoqué, alors que la seconde a cherché à établir la part prise par le membre du directoire révoqué dans la gestion sociale. C'est dire que le jugement a voulu protéger l'intérêt de la majorité et l'arrêt, l'intérêt de la société.

1. — *L'intéret de la majorité.*

390. — Dans l'affaire Henry, la majorité a changé de composition. Dans l'affaire Lapeyre, elle a seulement changé d'avis. En matière de S.A.R.L., le changement de composition de la majorité ne constitue pas une cause légitime de révocation du gérant (53). Le Tribunal de Commerce de Paris semble se prononcer de façon différente pour les membres du directoire : « la décision de mettre fin aux fonctions d'Henry en tant que membre du directoire a été déterminée par la divergence entre les conceptions des nouveaux actionnaires et celles d'Henry, telles qu'elles ressortaient des programmes qu'il avait jusque là préconisés et appliqués en sa qualité de directeur général de la société; que cette divergence de conceptions suffit à légitimer le motif de la révocation, sans qu'il y ait pour autant faute du mandataire révoqué ».

A aucun moment il n'est fait état d'un programme que la nouvelle majorité aurait décidé d'appliquer à l'avenir et qu'Henry aurait refusé de mettre en œuvre. La divergence porte donc sur les conceptions passées d'Henry, dont on n'est pas parvenu à établir la faute. Le Tribunal le justifie en ces termes : « car il apparaît bien que la société anonyme à directoire, pour disposer d'une direction efficace, indispensable dans l'économie moderne, doit réaliser entre l'organe de contrôle et celui de direction, une symbiose des conceptions telle qu'elle tend à l'élimination des membres si méritants soient-ils par ailleurs, qui n'auraient pas la confiance totale des actionnaires ». Le législateur n'aurait pas mieux justifié une révocabilité *ad nutum !*

391. — En réalité, la position du Tribunal de Commerce de Paris provient d'une erreur et mène à des conséquences que le législateur a précisément voulu dépasser.

L'erreur porte sur la perspective du juste motif : tout se passe comme si, pour le Tribunal (et certain commentateur) l'absence de juste motif empêchait la société de révoquer librement Henry. Le Tribunal se sent dès lors obligé de réagir contre cette situation si clairement contraire aux nécessités traditionnelles de la société anonyme : la souveraineté de l'assemblée des actionnaires constitue en elle-même un juste motif de révocation !

Le Tribunal tire d'ailleurs toutes les conséquences de son erreur en prenant soin de lever l'absence d'abus de droit de révocation, après avoir précisé que le juste motif « trouve sa limite dans le respect des droits de la personne touchée s'il était prouvé que la révocation, sous le couvert de la protection des intérêts de la société, masquait une intention de nuire » (54).

(53) Paris 15 févr. 1950, *J.C.P.* 1950, II, 5544, n. D. Bastian (infirmant T. Com. Seine 27 sept. 1946, *J.C.P.* 1947, II, 3411, n. J. Hémard; *J. Soc.* 1948, 266, n. R. Plaisant); — Cass. Com. 29 mai 1972, *Rev. Soc.* 1973, 487, n. J. H., *Bul. Inf. Soc.* 1972, p. 668; *J.C.P.* 1972, éd. C.i., 2254. V. P. Ciron, th. préc. p. 84.

(54) Rappr. l'opinion développée par M. M. Fahim, *Rev. Soc.* 1969, p. 66, n° 23.

Il s'agit là d'une jurisprudence bien établie, aussi bien pour les administrateurs (55) que pour les gérants dont la société a stipulé dans ses statuts leur révocabilité *ad nutum* (56). La personne révoquée peut être indemnisée lorsque les circonstances (et non la cause) de la révocation constituent une faute de la société (atteinte à l'honneur, publicité infâmante, mesures vexatoires, décision brutale et intempestive, manœuvres diverses).

Le juge qui recherche l'abus de droit n'a pas à contrôler la valeur du motif de révocation. La Cour de cassation se montre désormais vigilante à cet égard (57). après avoir suivi les juges du fond dans un laxisme critiquable (58).

Pour les membres du directoire, l'abus de droit n'est à rechercher qu'*a fortiori*, puisqu'ils bénéficient de droit d'un contrôle du motif de leur révocation. Le Tribunal de Paris aurait pu énoncer qu'Henry n'avait pas non plus à être indemnisé sur le terrain de l'abus de droit.

Quoi qu'il en soit, pour ce qui concerne l'appréciation du juste motif de révocation, la thèse du Tribunal aboutit à la suppression pure et simple du régime particulier instauré par l'article L. 121, al. 1er. Protéger uniquement l'intérêt de la majorité revient à nier tout contrôle de la révocation dans sa cause. Or, il faut protéger aussi la stabilité des membres du directoire, pour des raisons structurelles qui tiennent à l'équilibre d'ensemble du système : pour cela, il est nécessaire d'établir, comme en droit allemand, non seulement un vote de défiance, mais encore un motif de défiance (59).

392. — C'est bien dans cette direction que s'est orientée la Cour de cassation. Dans un arrêt du 23 juin 1975 (60), sa chambre commerciale « marque implicitement mais assez nettement » (61) la nuance qui existe entre le motif et les circonstances de la révocation, entre l'article L. 121, al. 1er, et l'abus de droit dans l'exercice de la révocation. Un directeur général unique révoqué, Rocher, avait obtenu une indemnisation en appel, après avoir échoué en première instance. Dans son pourvoi, la société invoquait la réalité des motifs reprochés à Rocher et faisait grief aux juges d'appel d'avoir « substitué leur propre appréciation à celle de l'assemblée générale ». Elle reprenait en outre une motivation admise en première instance établissant « l'absence de minimum de confiance et de coopération justifiant l'impossibilité du maintien de Rocher à son poste de directeur général et, partant, sa révocation ».

Le rejet du pourvoi est fondé sur les « énonciations souveraines » de la Cour d'appel, pour qui les motifs allégués étaient « sans réalité » et traduisaient

(55) V. obs. R. Houin, *Rev. Trim. Dr. Com.* 1973, p. 113; Hémard, Terre et Mabilat, t. I, n° 877, p. 750; B. Oppetit, note sous Com. 17 mai 1971, *Rev. Soc.* 1972, p. 698; D. Schmidt, note sous Paris 25 janv. 1972, *Rev. Soc.* 1972, 66; J.-L. Aubert, *Rev. Trim. Com.* 1968, p. 983 et s., nos 9 et s., et les espèces citées. En dernier lieu : Com. 23 juin 1975, *Rev. Trim. Dr. Com.* 1976, 144, obs. R. Houin; — Paris 16 févr. 1977, *D.* 1977, I.R., 446, obs. J.-C. Bousquet.

(56) Req. 21 mars 1939, *Gaz. Pal.* 1939, 1, 974; — Paris 3e Ch. 28 avril 1970, *J.C.P.* 1971, IV, 142, pour les S.A.R.L.; — Civ. 25 nov. 1872, *S.* 1873, 1, 385; *D.* 1875, 1, 479, pour les sociétés civiles (art. 1856 C. Civ.).

(57) V. Cass. Com. 6 mai 1974, *Gaz. Pal.* 3-4 juil. 1974.

(58) V. J.-C. Groslière, Les garanties professionnelles des dirigeants de sociétés commerciales, *D.* 1963, Chron. 184; J.-L. Aubert, art. préc., n° 10; R. Houin, obs. *Rev. Trim. Dr. Com.* 1972, 921, et 1974, 108; P. Ciron, th. préc., p. 85; M.-A. Coudert, note sous Soc. 22 nov. 1972, *Rev. Soc.* 1974, 108.

(59) Le droit allemand précise les motifs graves qui peuvent justifier la révocation (et non seulement l'indemnisation) des membres du Vorstand. Parmi ces motifs figure le vote de défiance de l'assemblée. Mais un simple changement de majorité n'est pas suffisant à justifier le vote de défiance.

(60) *Bull. Civ.* 1975, IV, n° 177, p. 147; *Rev. Trim. Dr. Com.* 1976, p. 145, obs. R. Houin.

(61) Obs. R. Houin, préc. n. 60.

« la volonté de Giraudy, président du conseil de surveillance, largement majoritaire, de mettre fin coûte que coûte au mandat de Rocher ».

Cette jurisprudence apporte une salutaire mise au point après les incertitudes soulevée par le jugement du Tribunal de Commerce de Paris. Mais le problème à résoudre était moins délicat, puisque la société était prospère et que Rocher se présentait sous les traits d'une victime innocente.

Est-ce à dire qu'il faut protéger l'intérêt personnel du membre révoqué ? On pourrait le penser, puisque le législateur a voulu garantir aux membres du directoire la stabilité et l'indépendance. Mais il l'a fait pour que soit assuré le bon fonctionnement de la société et non pour rendre inamovible le directoire. Dans certains cas, la stabilité et l'indépendance de la gestion pourront nuire à la société, dont l'intérêt est supérieur à celui de sa majorité et à celui de ses dirigeants.

2. — *L'intérêt de la société.*

393. — Il est aisé de justifier la révocation d'un membre du directoire qui menace par son fait l'intérêt de la société; il est plus délicat d'établir la justesse du motif si l'on n'a rien à reprocher au membre révoqué.

On admet sans difficulté que constitue un juste motif tout fait rendant impossible la continuation de ses fonctions par l'intéressé (62). On peut transposer la jurisprudence élaborée en matière de cause légitime sous l'empire de la loi du 7 mars 1925. Ainsi, lorsqu'un membre du directoire sera devenu inapte physiquement ou intellectuellement (63).

De même, la doctrine considère unanimement que la faute d'un membre du directoire justifie sa révocation. Mais on oublie souvent de préciser les caractères d'une telle faute.

Il importe d'abord que cette faute ait été commise dans l'exercice des fonctions de direction; nous retrouverons plus loin le problème posé par la dualité des fonctions, lorsque le membre du directoire est en même temps salarié de la société.

On ne peut, ensuite, accepter que n'importe quelle faute suffise à constituer un juste motif. Il faut une certaine gravité, sous peine de retourner dans l'arbitraire dénoncé plus haut et d'étouffer l'audace nécessaire à la gestion d'une société commerciale. Certaines fautes bénignes n'auront donc pour effet que de diminuer le montant des dommages et intérêts alloués au membre révoqué (64). La gravité suffisante de la faute sera déterminée en référence aux règles de la responsabilité.

Le juste motif peut résider aussi bien dans un acte positif du membre du directoire que dans son abstention, sa négligence; il peut surtout, et c'est une originalité notable du directoire, être une faute de nature collective. Cette hypothèse, certes la plus fréquente, ne recouvre pas la totalité des cas possibles, comme il sera étudié à propos de la responsabilité (65).

394. — On pourrait s'en tenir à cette révocation-sanction. C'est une solution relativement nette qui a le mérite d'assigner dans l'esprit des membres

(62) H. Lecompte, art. préc., *J. Soc.* 1974, p. 73, n° 10.
(63) V. L'abondante jurisprudence citée par M. J. Hémard, *Encycl. Dalloz Sociétés*, v° *Responsabilité limitée*, n°s 319 et s., et P. Bezard, *J.-Cl. Sociétés*, fasc. 74-1. Aj. P. Ciron, th. préc., p. 63 et s.
(64) V. H. M. Synvet, note préc.
(65) V. Rennes 28 mars 1973, préc., et *infra*, n° 449.

du directoire une véritable limite à leur stabilité. Et le conseil de surveillance est là pour établir les fautes. Si la société a besoin d'hommes nouveaux, elle devra payer ceux qu'elle remplace s'ils n'ont pas commis de fautes, et elle ne les paiera pas plus que le préjudice qu'ils ont effectivement subi.

La révocation-sanction permet en outre d'assurer la stabilité du directoire lorsque le capital est dispersé ou fluctuant, sans pour autant que la révocation devienne impossible : il est normal qu'à l'ère des « managers », les dirigeants, nommés pour une brève durée dans des postes de haute responsabilité, assument les risques et subissent plus durement les échecs de leur gestion que les salariés qui ne font qu'obéir.

Toutefois, les problèmes pratiques ont trop de malice pour se laisser enfermer dans la notion de faute. Le cas des dirigeants de société en est un nouvel exemple, et il faut se demander si le juste motif ne peut pas être trouvé en l'absence de faute du membre du directoire révoqué.

395. — Les difficultés de preuve rendent cette hypothèse assez fréquente. La société ne parvient pas à établir la faute, la négligence ou l'inaptitude du membre révoqué, elle cherche alors à montrer que son intérêt — supérieur — justifie une révocation sans indemnité.

Ce raisonnement n'a pratiquement aucune chance d'être accepté lorsque la société fait de bonnes affaires, puisque l'intérêt de la société est, par hypothèse, satisfait. Si l'on veut trouver des dirigeants meilleurs, il sera juste d'indemniser ceux dont on se sépare.

Mais le problème se pose crûment lorsque les résultats sociaux sont mauvais, et que les reproches faits au directoire ne suffisent pas à caractériser la faute. Ainsi, dans l'affaire Henry, les nouveaux actionnaires étaient « prévenus contre la gestion dispendieuse » de celui-ci; mais ils n'établissaient pas à sa charge une faute, et on le trouvait « méritant par ailleurs ». Faut-il admettre sans nuance le raisonnement formulé par la Cour de Rennes, mais dont elle ne tire pas toutes les conséquences : « l'acceptation d'une fonction de direction implique celle de la responsabilité des échecs » ?

S'il s'agit d'une présomption de faute, rendant inutile l'administration de la preuve, elle n'est instaurée par aucun texte. Or la loi exige, dans des hypothèses voisines, que soit démontrée la responsabilité des dirigeants sociaux dont elle prescrit le remplacement par le conseil de surveillance (66), ou l'interdiction (67).

Une deuxième interprétation viserait à établir que tout échec économique implique le remplacement des dirigeants dans l'intérêt de la société. Cette conception confère au juge l'appréciation de l'intérêt économique de la société. Dans le droit positif actuel, on a souvent montré que le juge est mal armé pour cette tâche (68). Il ne la remplit avec aisance que lorsque la règle de droit le guide assez loin pour circonscrire précisément le terrain de l'appréciation économique. La foi placée dans les sciences de gestion ne peut remplacer la sécurité qu'engendrent les règles juridiques, établies à l'avance et connues de tous. Ici, quelques éléments peuvent venir éclairer la notion juridique d'intérêt de la société.

396. — D'abord, il doit être interprété strictement : il prive le membre révoqué d'une indemnité alors que celui-ci n'a pas commis de faute. Il faut

(66) Art. 32 ord. 23 sept. 1967.
(67) Art. 105 et s. loi du 13 juil. 1967. Comp. art. 99 du même texte (comblement).
(68) V. La plaisante formule de M. J. J. Burst (obs. *Rev. Soc.* 1973, préc.) : « Le juge n'est pas un " management ". » V. *supra*, n° 226.

veiller à ce que la protection instituée par la loi ne reste pas lettre morte. D'ailleurs, il serait toujours de l'intérêt de la société de ne pas payer d'indemnité. L'intérêt qui justifiera la révocation ne tient pas à l'indemnité de révocation, mais à la place que prend le membre du directoire dans le fonctionnement de la société. Il importe, à cet égard, de ne pas imputer au membre révoqué des défaillances dues à la situation économique d'un secteur tout entier.

397. — De même, si l'on veut être logique, on n'admettra pas que le juste motif se réalise dans l'exigence d'un tiers, qui veut un changement dans le personnel de direction, alors qu'une exigence de cette nature émanant de la majorité des actionnaires n'est recevable que si elle est justifiée par ailleurs. Un banquier aurait-il plus de droit que l'assemblée générale dont il ne fait même pas partie (69) ?

La jurisprudence ne semble pas toujours accessible à cet type de raisonnement. Témoin, l'étonnante façon dont la Cour de Douai apprécie le juste motif de révocation d'un président de directoire par son conseil de surveillance (70). La société à directoire exploitait une concession exclusive Chrysler-France. Le fabricant d'automobiles la lui retire, les quotas de vente fixés n'ayant pas été atteints. Le président du directoire de la société concessionnaire envoie une lettre de protestation. La société Chrysler-France exige alors du conseil de surveillance qu'il obtienne du président du directoire une lettre d'excuses. Ledit président ne s'exécute pas, malgré l'avis du conseil de surveillance. Et le désir de ne pas écrire de lettre d'excuses est considéré par la Cour d'appel comme un juste motif de révocation... « Il est certain que l'attitude de l'appelant pouvait entraîner de graves conséquences pour la S.R.N.A.; le conseil de surveillance, investi par la loi d'un pouvoir de contrôle permanent sur la gestion de la société, avait un juste motif de s'opposer à ladite attitude. »

On voit jusqu'où peut mener une telle jurisprudence. Il suffit qu'une relation d'affaires importante de la société subordonne la continuation de son concours au remplacement des membres du directoire pour que ceux-ci soient révoqués avec juste motif.

398. — Deux vues contestables mènent à cette conclusion.

La première, c'est que la révocation n'était nullement rendue impossible par l'absence de juste motif. La Cour de Douai a commis une erreur de perspective en considérant que le maintien en fonction de Poirot-Paradas, président du directoire de la S.R.N.A., entraînerait le non-renouvellement de la concession. En effet, la question est seulement de savoir si le motif de révocation, antérieur à celle-ci, peut justifier le refus d'une indemnisation.

La seconde erreur réside dans l'appréciation du motif lui-même. Aucun jugement de valeur n'est porté sur l'attitude de Poirot-Paradas, qui avait pourtant fait remarquer que les quotas de vente étaient surestimés, bien avant que Chrysler-France ne retirât sa concession. Il ne suffit pas qu'il existe un motif (menacer les intérêts de la société) encore faut-il qu'il soit juste, c'est-à-dire, ici, que les exigences de Chrysler-France ne soient pas purement arbitraires.

Certes, on pourra reprocher à cette argumentation d'être trop logique; et le deuxième élément est une appréciation de fait qui aurait pu être mieux présentée dans l'arrêt (spécialement parce que les quotas de vente ayant été acceptés par la S.R.N.A., on aurait pu charger clairement Poirot-Paradas de la faute contractuelle consistant à ne pas atteindre les objectifs fixés par la

(69) Cf. Rennes 28 mars 1973, préc.
(70) Douai, 2e Ch. Civ., 17 juin 1976, préc. n. 23.

concession; mais encore aurait-il fallu distinguer cette erreur de conduite d'un barguignage qui se poursuit dans l'intérêt de la société et non à son encontre). Dans le monde impitoyable de la concurrence commerciale, il faut savoir plier l'échine devant plus puissant que soi... Mais le droit est là pour limiter l'inégalité. Et en particulier, il défend les membres du directoire contre les révocations qui ne sont pas justifiées par des raisons de fond. Autrement, la technique de la lettre d'excuses risque de connaître une grande fortune avec les sociétés à directoire...

399. — En revanche, mérite plus d'approbation, la jurisprudence selon laquelle le juste motif de révocation d'un gérant de S.A.R.L. ne peut être trouvé dans l'attitude que ce gérant a eu dans une autre société, fût-elle du même groupe. La Cour de Reims (71) en a décidé ainsi pour une personne qui cumulait les postes de gérant de la S.A.R.L.-mère et gérant de la S.A.R.L.-filiale. Ayant commis de nombreuses fautes et négligences de gestion, l'intéressé a été révoqué avec juste motif de ses fonctions dans la société-mère (72). Signalons cependant que l'arrêt relève que « les premiers juges ont estimé que Flayeux avait perdu la confiance de ses associés, des banquiers et des administrations, et ne pouvait, dans ces conditions, mener à bien le redressement nécessaire de la société qui était dans une situation financière très difficile; que ce seul motif, indépendamment des fautes de gestion qui lui étaient imputées constituait une cause légitime de révocation ». Ce ne sont pas seulement des fautes positives qui sont reprochées au gérant, mais encore l'effet de son attitude sur l'ensemble des parties prenantes. La globalité de cette analyse ôte à cette considération ce qu'elle pouvait avoir d'arbitraire dans l'affaire Poirot-Paradas.

Mais le point essentiel dans l'affaire Flayeux reste que la révocation de ce dernier de la société-mère ne constitue pas un juste motif de sa révocation dans la filiale (73). Le gérant est révoqué de cette dernière, mais il a droit à une indemnisation. L'appréciation du juste motif se fait dans le cadre de la S.A.R.L. — et l'on ne voit pas ce qui pourrait empêcher de transposer la solution à la société à directoire — et non dans le cadre du groupe de société.

400. — Tout cela montre bien que le juge n'est pas livré sans armes juridiques aux batailles d'experts qui ne manqueront pas de se dérouler sur le terrain économique. Certes, les éléments structurels ne suffisent pas à résoudre le problème « irritant » (74) de l'intérêt collectif (75). Bien plus, examiner l'adéquation de cet intérêt avec la recherche des bénéfices (le but social, selon M. D. Schmidt) (76) ne tarit pas la source des contestations. Il existe un très grand nombre de manières de faire des bénéfices, ou d'éviter des pertes, surtout *a priori*. Songeons seulement à une révocation justifiée par le désir d'alléger les coûts de fonctionnement du directoire lui-même. Même si l'on évite la difficulté en révoquant en bloc le directoire, y aura-t-il juste motif de révocation pour chacun des membres ?

La doctrine ne peut répondre d'un trait au problème posé par le juste motif, ou plus exactement, par son absence. Il s'agit d'une question de fait, jamais

(71) Reims 10 nov. 1975, 2 arrêts, *Rev. Soc.* 1976, 307, obs. J. G., *D.* 1976, Somm. 20.
(72) Reims 10 nov. 1975, préc., 1er arrêt.
(73) Reims 10 nov. 1975, préc., 2e arrêt.
(74) Suivant le mot du doyen Carbonnier, *Droit Civil*, Thémis, I, p. 269, n° 79-*b*.
(75) Cf. récemment, à propos de l'intérêt de la masse des créanciers à agir en responsabilité contre l'un d'entre eux, Cass. Com. 7 janv. 1976, *Rev. Soc.* 1976, p. 126, n. A. Honorat; *J.C.P.* 1976, II, 18327, n. Ch. Gavalda et J. Stoufflet; *D.* 1976, 277, n. F. Derrida et J.-P. Sortais; *Gaz. Pal.* 1976, 17 juin, n. B. Bouloc; J. Ghestin, La prophétie réalisée (à propos de l'arrêt du 7 janvier 1976), *J.C.P.* 1976, I, 2786; M. Vasseur, La mise en jeu de la responsabilité du banquier, *Banque*, 1976, 367.
(76) Rappr. D. Schmidt, *Les droits de la minorité dans la société anonyme*, B.D.C. n° 21, nos 81 et s.

posée dans les mêmes termes. Toutefois, parmi les variables, s'il en est qui tiennent à la situation économique globale de la société et au rôle qu'y jouent les membres du directoire, il en existe aussi qui sont proprement juridiques, et qui limitent, de ce fait, la portée de l'appréciation économique.

C'est pourquoi l'on peut dire — qu'on entende bien cependant qu'il s'agit d'une vérité relative à son contexte — que le juge doit essentiellement se livrer à une appréciation négative. Il n'a pas à concevoir, à imaginer le programme économique idéal. Il se borne à choisir parmi les attitudes alléguées, en raisonnant dans un cadre bien déterminé.

Le juge doit, en se montrant rigoureux sur les preuves, apprécier le caractère inévitable de la révocation. La situation est alors proche de celle, bien connue en matière de licenciement des salariés, de la compression de personnel ou de la réorganisation de l'entreprise (77).

401. — Toutefois, il ne faut pas abuser de ce rapprochement. Car les membres du directoire font d'abord partie de la société anonyme, plus que de l'entreprise qu'ils dirigent. Ils sont donc insérés dans un système qui a ses propres modes de fonctionnement et d'interactions. C'est par rapport à l'ensemble juridique formé par la société qu'il faut apprécier la justification de la révocation.

Notamment, la collégialité du directoire risque de rendre plus fréquent le juste motif, car tous sont impliqués dans la gestion commune. Inversement, les possibilités d'intervention du conseil de surveillance, que les statuts peuvent faire croître assez considérablement, aboutissent à une définition du juste motif plus protectrice des membres du directoire. En bref, la révocation des dirigeants ne peut s'apprécier comme celle des salariés. D'ailleurs, l'article L. 121, al. 2, prend soin de faire une nette distinction entre les deux situations. Elle s'apprécie non pas en fonction de l'intérêt de l'entreprise, mais en fonction de l'intérêt de la société.

Ces directions de recherche ne seront respectées que si une conception trop large de l'intérêt social ne vient pas neutraliser l'article L. 121, al. 1er. Sachant que la révocation est toujours possible de la part de la société, le juge, pour appliquer la loi, ne devra pas hésiter à reconnaître l'absence de juste motif.

Mais il conservera toute sa liberté pour en apprécier les conséquences, c'est-à-dire pour moduler le montant des sommes allouées à titre de dommages et intérêts.

B. — L'allocation de dommages et intérêts.

402. — Les membres du directoire, même protégés par une conception stricte du juste motif, rencontreront des difficultés pour faire valoir leurs droits, car c'est à eux de prouver l'absence de juste motif : ils seront demandeurs à l'action, ils contestent le motif d'une décision prise dans les conditions normales par l'assemblée générale, il est normal de leur appliquer la règle du droit commun (78). Il n'est même pas nécessaire que la société allègue un motif (79) puis-

(77) V. sous la nouvelle législation (loi du 13 juil. 1973) : M.-C. Bonnetete, De la notion de faute à la notion de cause, *D.* 1974, Chron. 191. Du même auteur : La notion de cause réelle et sérieuse dans la loi du 13 juillet 1973 sur la résiliation du contrat de travail à durée indéterminée : bilan de la nouvelle jurisprudence, *Rev. Etudiant en droit*, mars 1976, n° 5, p. 161. Sur la loi du 3 janvier 1975, v. G.-H. Camerlynck et G. Lyon-Caen, p. 168, n° 167.

(78) V. H. M. Synvet, note préc.; J.-P. Berdah, *Fonctions et responsabilités des dirigeants des sociétés par actions*, B.D.C., n° 27, p. 59. *Contra* : J. J. Burst, *Rev .Soc.* 1973, 668, préc.

(79) *Contra :* P. Delaisi, *Gaz. Pal.* 1973, 1, 299 préc.; Y. Guyon, *Rev. Soc.* 1978, 486. Pour MM. Hémard, Terré et Mabilat (t. I, n° 1079), « il est probable que les tribunaux seront, le cas échéant, incités, en fait, à demander à la société de justifier le motif de la révocation contestée ».

que pour elle, la révocation est libre. Mais, dans ce cas, son attitude sera mal défendue contre les attaques du membre révoqué; la société aura tout avantage à fournir un motif, aussi bien au niveau du conseil de surveillance, qui devra réunir une majorité à l'assemblée, que pour se présenter en position de force devant le Tribunal. Cela dit, la relative imprécision de la notion de juste motif décharge le fardeau de la preuve d'une bonne partie de sa pesanteur.

403. — Après avoir prouvé l'absence de juste motif, le membre du directoire révoqué devra encore établir qu'il a subi un préjudice résultant de la révocation (80) : il s'agit d'une condition commune à toutes les actions en réparation.

Dans les affaires citées plus haut, certains présidents et membres du directoire révoqués étaient bien près de ne pas subir de préjudice, puisque leur société menaçait ruine. Certes, ils retrouvaient espoir en voyant arriver de nouveaux concours. Mais ceux-là s'offraient moyennant le départ des dirigeants en place. Si cet aspect ne doit pas intervenir dans l'appréciation de la justesse du motif, il est normal de le considérer lorsque l'on fixe le montant du préjudice (81). Les membres du directoire n'ont pas droit, en tant que tels, aux indemnités prévues en faveur des salariés licenciés. Leur préjudice ne s'apprécie pas en fonction de leur relation à l'entreprise, mais en fonction de la marche des affaires de la société.

404. — L'exigence du préjudice peut aussi expliquer pourquoi lindemnisation n'est pas automatique dès l'instant que l'absence de juste motif a été établie : la révocation « peut » donner lieu à réparation (art. L. 121, al. 1er, *in fine*).

Un auteur a pourtant estimé que « la faculté ouverte par le verbe pouvoir ne semble pas s'adresser au juge, puisque l'alternative se situe toujours dans le cadre d'une révocation injustifiée » (82). Et ce raisonnement permettrait de conclure à la possibilité d'écarter l'indemnisation par une clause des statuts.

Il est vrai que cette solution était acquise pour les gérants de sociétés de personnes et de S.A.R.L. avant la loi de 1966 (83). Mais il s'agissait alors d'éviter non l'indemnisation, mais l'irrévocabilité.

Nous préférons penser, tant la stabilité, certes bien relative, du directoire semble résulter impérativement de la structure nouvelle, que l'article L. 121, al. 1er, n'est pas supplétif.

Cela n'empêche pas les clauses pénales (84) si l'indemnité est suffisante pour garantir l'indépendance et la stabilité du directoire. A l'inverse, les statuts ne sauraient porter atteinte à la libre révocabilité des membres du directoire, ce qui rend impossible, par exemple, la stipulation d'un délai de préavis ou l'exigence d'un juste motif auquel serait subordonnée la révocation elle-même (85).

(80) P. Delaisi, *ibid.*

(81) C'est bien de cette manière qu'a été calculée l'indemnité du gérant de S.A.R.L. révoqué sans juste motif (Reims 10 nov. 1975, préc., 2e arrêt).

(82) J.-L. Aubert, *Rev. Trim. Dr. Com.* 1968, préc. p. 989, n° 16.

(83) Civ. 25 nov. 1872, *S.* 1873, 1, 385; — Req. 21 mars 1939, *Gaz. Pal.* 1939, 1, 974. Après 1966, v. Mercadal et Janin, n° 532 (art. L. 18, al. 4); D. Bastian, *J.C.P.* 1867, I, 2121, n° 298 (S.A.R.L.); comp. F. Derrida, *Mél. Audinet*, p. 53.

(84) Cl. Champaud, La situation personnelle des dirigeants de sociétés de famille, *Mél. Bastian*, t. I, p. 48.

(85) Ce qui rend la réintégration impossible, v. P. Ciron, th. préc., p. 93.

405. — Quant au montant des dommages et intérêts, il sera fixé positivement en fonction de l'importance effective du membre révoqué dans le fonctionnement de la société, et négativement, en fonction de ce qu'on peut lui reprocher ou des arguments qu'on peut tirer de la mauvaise situation de la société. Mais on ne peut pas parler de préjudice de carrière (86) ni appliquer strictement les critères d'évaluation employés en droit du travail (87) tant que les membres du directoire restent librement révocables. La réparation est ici destinée à préserver la stabilité de la gestion et non la stabilité de l'emploi des dirigeants sociaux (87 *bis*). Le législateur a expressément écarté la « professionnalisation » des membres du directoire, et il désire que leur personnalité s'efface derrière leur fonction.

Aussi, les membres du directoire auront-ils grand intérêt à conclure avec la société un contrat de travail.

II. — Le maintien du contrat de travail.

406. — L'article L. 121, al. 2, rappelle utilement le principe du maintien du contrat de travail. Son importance existe lorsque l'intéressé conserve effectivement son emploi (88), mais aussi, *a contrario,* lorsqu'il est licencié après avoir été révoqué.

En effet, la distinction faite par le texte entre les deux situations permet de penser que les motifs du licenciement et ceux de la révocation doivent être différents, ainsi que les préjudices qui découlent de l'un et de l'autre. Cette théorie semble inattaquable dans la mesure où, comme la jurisprudence l'a constamment exigé pour les administrateurs, les situations de salarié et de membre du directoire, exercées par la même personne, sont clairement distinctes, dans la mesure où il est possible de ranger tel acte, et telle faute, dans l'une des deux fonctions.

Si ce n'est pas le cas, le problème devient difficile. Or les parties feront tout pour qu'il le devienne ! Le membre du directoire s'appuiera sur la dualité des situations, et la société cherchera à faire admettre leur unicité.

407. — Le droit offre d'ailleurs de belles possibilités de brouiller les cartes. La thèse de l'unicité trouve son aliment dans une règle propre à la société à directoire. Certes, le législateur a finalement refusé de faire des membres du directoire des directeurs généraux salariés; mais il permet au sein du directoire une répartition des tâches (art. D. 99) qui peut rendre difficile en pratique la distinction entre les tâches de direction et de direction technique, par exemple. En facilitant la promotion des salariés au directoire, on instaure des situations théoriquement délicates : restant salarié, le membre du directoire est subordonné au directoire. Il faudrait un strict formalisme des décisions du directoire pour voir clair dans cette relation.

De plus, le nouveau droit du licenciement se rapproche, encore plus que l'ancien, de celui de la révocation. Sous réserve du respect d'une certaine procédure, la rupture du contrat de travail peut encore émaner discrétionnairement de l'employeur; certes, le juge devra apprécier si la cause du licenciement est

(86) P. Delaisi, *Gaz. Pal.* 1973, 1, 299 préc.; P. Ciron, th. préc., p. 327.
(87) B. Pitédelièvre, *Gaz. Pal.* 1968, 1, Doctr. p. 94 et s., n° 57.
(87 *bis*) On approuvera donc Com. 22 nov. 1977 (*Rev. Soc.* 1978, 483, n. Y. Guyon), cassant un arrêt qui accordait une indemnité égale aux rémunérations restant à percevoir jusqu'au terme normal des fonctions.
(88) V. *supra*, n°s 293 et s. La question est devenue encore plus sensible depuis la loi du 27 déc. 1973 instituant l'assurance garantie des salaires. V. F. Derrida, Vers la sécurité sociale des salaires ? *D.* 1974, Chron. 119. V. n° 438, n. 46 et s.

réelle et sérieuse (89), mais la réintégration du salarié reste une hypothèse théorique et limitée (90).

408. — Pourtant, lorsque la preuve ne sera pas faite que l'emploi correspondant au contrat de travail n'est pas effectif, et distinct des fonctions exercées au directoire, c'est la thèse de la dualité qui s'imposera.

En effet, le terrain de la contestation sera normalement double : le membre du directoire attaquera la décision de révocation, prise par l'assemblée générale, devant les juges consulaires, et la décision de licenciement, prise par le directoire, devant le Conseil des Prud'hommes.

L'objet de la demande n'est pas identique et le préjudice subi par la perte d'une situation salariée n'est pas le même que le préjudice né d'une révocation des fonctions de dirigeant social.

De plus, ce n'est pas l'intérêt de la société, mais l'intérêt de l'entreprise qui pourra servir au juge de critère pour estimer le caractère réel et sérieux de la cause du licenciement. Il est vrai que la plasticité de ces notions risque de rendre délicate leur distinction.

La dualité apparaît encore à propos de la responsabilité, qui n'est pas la même pour le salarié et le dirigeant social : cela entraîne, raisonnablement, la dualité de la notion de faute justifiant le licenciement et la révocation.

De plus, l'article L. 121, al. 2, ne distingue pas suivant que la révocation a été justifiée ou non : le contrat de travail devra toujours être maintenu ! C'est admettre sans ambages que la personne révoquée du directoire pourra, tout en restant salariée de la société, intenter contre cette dernière un procès en réparation à la suite de sa révocation. L'article L. 121, al. 2, resterait lettre morte, et sans effets la distinction entre la fonction et l'emploi, si la révocation du directoire, même justifiée, constituait automatiquement une cause réelle et sérieuse de licenciement.

C'est pourquoi on ne peut qu'émettre de fortes réserves (91) lorsque la Cour de Rennes affirme que « la révocation sans juste motif d'un directeur mandataire social et le licenciement abusif dun directeur salarié sont des situations si voisines qu'elles sont à peu près indiscernables, la charge de la preuve étant la même ».

Affirmation d'autant plus contestable que la Cour a pris soin, auparavant, de rechercher s'il existait une « dualité de fonctions » et n'en a pas trouvé ! Peu importe, d'ailleurs, que le débiteur de la preuve soit le même (ce qui n'est plus tout à fait vrai depuis la loi du 13 juillet 1973) (92), puisqu'il s'agit de prouver deux situations différentes.

C'est sans doute la même confusion, justement démasquée (93) qui a conduit la Cour de Rennes à évoquer sur le plan commercial (la révocation) une

(89) Loi n° 73-680 du 13 juil. 1973 et décret n° 73-808 du 10 août 1973. V. J. PÉLISSIER La réforme du licenciement : article (*D.* 1973, Chron. 253) et ouvrage (Dalloz, 1974). G. LYON-CAEN et M.-C. BONNETETE, La réforme du licenciement à travers la loi du 13 juillet 1973, *Dr. Soc.* 1973, 493; J. AUDINET, Une réforme imparfaite : la loi du 13 juillet 1973 sur le licenciement, *J.C.P.* 1974, C.I., 11279.

(90) Mais cette solution ne va pas sans nuances, v. H. RAMEAU, La situation juridique du salarié licencié irrégulièrement mais pour causes réelles et sérieuses. Essai d'interprétation de l'art. 24-*p*, al. 1er, *in Principio* du Code du Travail, *D.* 1974, Chron. 79; G.-H. CAMERLYNK et G. LYON-CAEN, 8e éd., p. 146, nos 146 et s.

(91) Cf. Les critiques émises par MM. J. J. BURST et H. M. SYNVET dans leurs notes précitées sous Rennes 28 mars 1973.

(92) V. aussi, sur le droit antérieur, Cass. Soc. 24 janv. 1974, *J.C.P.* 1974, C.I., 11478, n. H. THUILLIER.

(93) H. M. SYNVET, note préc.

affaire qui lui était soumise sur appel d'une décision du Conseil des Prud'hommes qui se prononçait sur une demande visant exclusivement la réparation du préjudice né de la rupture d'un contrat de travail.

Le Tribunal de Commerce de Paris semble adopter une attitude plus juste en précisant qu'Henry « n'a pas subi de préjudice autre que la rupture de son contrat de travail dont la réparation fait l'objet d'une autre instance », après avoir montré que l'ancien directeur général avait été révoqué avec un juste motif.

Si l'on reconnaît la dualité de situation, de préjudice et d'instance, il est logique d'admettre un cumul d'indemnités (94), qui représente en faveur des membres du directoire salariés une sérieuse protection.

409. — La thèse de la dualité doit cependant être contenue dans des limites raisonnables. Il y a place pour une jurisprudence spécifique qui évaluera en quoi le juste motif de révocation peut, selon sa gravité, influer sur la situation salariée, alors même que les deux fonctions sont distinctes. Tout dépend alors de l'appréciation qu'auront les juges du fond du motif réel et sérieux apte à justifier le licenciement. Sous l'empire du droit ancien, la jurisprudence a peut-être admis trop facilement l'incidence sur le contrat de travail d'événements qui lui sont extérieurs (95).

En revanche, rien ne s'oppose à ce qu'un licenciement décidé pour une cause réelle et sérieuse constitue un juste motif de révocation : la réciproque de l'article L. 121, al. 2, n'est affirmée dans aucun texte. La rédaction laisse penser que la dualité ne joue que dans un sens; et cette solution est conforme à une protection plus grande du salarié; elle ne dément le principe de la distinction entre l'emploi et la fonction du dirigeant qu'en raison de l'intérêt de l'entreprise.

A contrario, il est clair qu'un licenciement injustifié ne pourra pas constituer un juste motif de révocation. Le législateur fait en sorte que la société puisse quand même décider l'un et l'autre, mais il exige alors qu'elle en paie les conséquences. L'arbitraire de l'entrepreneur capitaliste coûte de plus en plus cher.

Section 2. — **Révocation des membres du conseil de surveillance.**

410. — L'analogie est entière, s'agissant de la révocation, entre les membres du conseil de surveillance et les administrateurs. Les termes mêmes des textes en témoignent (96). Le problème ayant été considérablement étudié (97), on se contentera ici de quelques rappels, en contrepoint de ce qui a été dit à propos du directoire.

Le législateur a conservé pour les membres du conseil de surveillance le principe d'instabilité qu'est la révocabilité *ad nutum*. Tout dépend de l'appréciation souveraine des actionnaires : l'assemblée générale ordinaire peut décider,

(94) Dans ce sens, J. J. BURST et H. M. SYNVET, notes préc.

(95) V. M. DESPAX, La vie extraprofessionnelle du salarié et son incidence sur le contrat de travail, *J.C.P.* 1963, I, 1776. V. cependant Cass. Soc. 16 oct. 1975, *Rev. Soc.* 1976, 489, n. D. RANDOUX, qui admet plus largement le droit de critique d'un salarié parce qu'il est administrateur. Comp., pour un gérant de S.A.R.L., Paris 14 mars 1977, *D.* 1977, I.R., 313, obs. J.-C. BOUSQUET.

(96) Comp. art. L. 90, al. 2, et L. 134, al. 2.

(97) Outre les grands traités v. J.-L. AUBERT, art. préc., n. 41; J.-P. BERDAH, th. préc., p. 54, nos 44 et s.; P. CIRON, th. préc., p. 95 et s.

à tout moment, la révocation, même si elle n'est pas inscrite à l'ordre du jour (art. L. 160, al. 3), et même si les membres concernés ont été désignés dans les statuts (art. L. 88). En l'absence d'interdiction, il semble que des minoritaires puissent proposer la révocation de membres du conseil (art. L. 160, al. 2) (98).

Les règles de révocation sont d'ordre public (99). Aucun autre organe ne peut prononcer la révocation (sauf, peut-être l'assemblée générale extraordinaire) (100); aucun délai, aucune indemnité ne peuvent être exigés par le membre révoqué; les statuts ne peuvent subordonner la révocation à aucune condition, ni prévoir de règles particulières de majorité ou de quorum (art. L. 155, L. 173).

Le président et le vice-président du conseil de surveillance sont révocables en tant que tels par le conseil, *ad nutum* puisque la loi ne dit rien (101); ils sont révocables en tant que membres, comme les autres membres.

En définitive, la seule protection dont jouissent les membres du conseil de surveillance lorsqu'ils ne détiennent pas suffisamment d'actions réside dans l'application de la théorie de l'abus de droit : il faut alors que la société ait commis une faute dans l'exercice de son droit de révocation (102).

Cette protection est bien faible, surtout si l'on considère que le directoire peut demander à l'assemblée de révoquer certains membres du conseil de surveillance. Le rapport Sudreau souhaite que cette faculté soit retirée au directoire. Mais il faudrait aller plus loin pour obtenir des résultats dans cette voie : il faudrait interdire au directoire de voter la révocation des membres du conseil de surveillance. Cela n'est certes pas possible si les membres du directoire sont eux-mêmes actionnaires; cela ne l'est pas non plus en présence de l'article D. 134, qui aboutit à confier au directoire les pouvoirs en blanc (103).

En réalité, le conseil de surveillance n'est pas constitué de spécialistes professionnels du contrôle. Il réunit seulement des gens intéressés au contrôle, mais qui procèdent du capital de la société. Tant que la source du pouvoir sera dans la détention d'actions, la stabilité des membres du conseil de surveillance ne peut qu'être indirecte, c'est-à-dire qu'elle résulte de l'effet de conservation induit par l'article L. 121 à propos de membres du directoire.

Il est probable que dans un premier temps, la cosurveillance ne changerait rien à cet état de chose pour ce qui concerne les représentants des actionnaires. Mais la dynamique de transfert des pouvoirs de l'assemblée au conseil peut aboutir à une modification sur ce point. Il convient cependant d'observer que l'expérience allemande a montré les limites de cette dynamique (104). Seulement, l'Aktiengesellschaft n'admet la révocation des membres de l'Aufsichtsrat qu'à la majorité des trois quarts du capital, même s'il n'exige pas de motif. Il est logique d'assurer à chaque type de cosurveillant une stabilité comparable, même si elle ne peut être identique. Mais une stabilité excessive ajouterait aux causes de blocage du système.

(98) Comp. HÉMARD, TERRÉ et MABILAT, t. II, n° 50, p. 44.

(99) Cf. art. L. 134, al. 3; v. HÉMARD, TERRÉ et MABILAT, t. I, n° 874, p. 749; RIPERT et ROBLOT, t. I, n° 1287; D. BASTIAN, *J.-Cl. Sociétés*, fasc. 130-3, n° 54.

(100) Rennes 25 févr. 1972, *J.C.P.* 1972, II, 17220, n. H. M. SYNVET; *Rev. Trim. Dr. Com.* 1972, 921, obs. R. HOUIN; *Rev. Soc.* 1974, 101, n. M.-A. COUDERT.

(101) Comp. Douai, 2e Ch. Civ., 17 juin 1976, *Gaz. Pal.* 1977, 25-26 mars, n. A.P.S.; *Rev. Soc.* 1977, 266, n. J. J. BURST.

(102) V. *supra*, n° 388.

(103) V. *supra*, n° 153.

(104) V. J. EINMAHL, La réforme du droit des sociétés par actions en Allemagne, *Rev. Trim. Dr. Com.* 1968, p. 563. La loi de 1965 a consacré un certain retour en grâce de l'assemblée des actionnaires. Aj. R. SINAY, La société anonyme de type nouveau du projet de loi français sur les sociétés commerciales, *Gaz. Pal.* 1966, I, Doctr. 50.

CHAPITRE DEUXIEME

DEMISSION

411. — La cessation des fonctions des membres du directoire et des membres du conseil de surveillance peut encore survenir pour des causes accidentelles, réalisées soit dans la personne du membre concerné, soit dans la personne de la société elle-même. Toutes ces causes de démission reçoivent le contrecoup des modes de révocation, et donnent la même image globale de la stabilité des fonctions.

Section 1. — Démission pour une cause tenant à la personne du démissionnaire.

412. — Comme les autres dirigeants sociaux, et bien que la loi reste là-dessus silencieuse, les membres du directoire et ceux du conseil de surveillance ont la faculté de se démettre de leurs fonctions (1).

Ils en ont parfois aussi l'obligation, pour des raisons qui dépendent de leur propre situation.

Ainsi, la démission d'office est requise pour les membres du directoire et ceux du conseil de surveillance qui ont atteint la limite d'âge (art. L. 120-1 et L. 129-1). C'est aussi le cas pour les seuls membres du conseil de surveillance dans les hypothèses régies par les articles L. 130 (possession du nombre requis d'actions d'*affectio societatis*) et L. 136 (cumul de mandats). En outre, les membres du conseil doivent quitter leurs fonctions lorsqu'ils sont nommés au directoire (art. D. 98).

On peut ajouter, enfin, pour les membres des deux organes, les cas où surviennent une incapacité civile ou pénale, ou bien une incompatibilité.

413. — Libre ou forcée, la démission doit s'accompagner de certaines formes qui prouvent qu'elle a bien eu lieu et à quel moment. La démission en blanc, utilisée pour soumettre complètement les dirigeants sociaux aux désirs de l'assemblée a été assimilée par la jurisprudence à une révocation (2); elle peut donc entraîner l'allocation de dommages et intérêts au profit des membres du directoire. Mais on peut douter de sa validité (3).

(1) V. H. Souleau, La démission des dirigeants des sociétés commerciales, *Rev. Trim. Dr. Com.* 1972, p. 21; D. Martin, La démission des organes de gestion des sociétés commerciales, *Rev. Soc.* 1973, 273.

(2) V. pour un gérant de S.A.R.L., Cass. Com. 5 janv. 1972, *Rev. Soc.* 1973, 495, n. J.H.; *J.C.P.* 1973, II, 17406, n. J. Rousseau.

(3) Mercadal et Janin, n° 869; Hémard, Terré et Mabilat, t. 1, n° 456.

Le dirigeant qui veut démissionner doit le notifier (4) à la société, c'est-à-dire au directoire, qui en prend acte. Si l'ensemble du directoire démissionne, cette notification s'adressera au conseil de surveillance. Une démission globale des deux organes serait présentée à l'assemblée convoquée pour ou en la circonstance.

Mais la notification de l'intéressé semble inutile lorsque la démission est obligatoire. Le directoire, le conseil ou l'assemblée peuvent prendre acte (5) dans leur délibération de la survenance du fait générateur et de la démission; il peut être utile de notifier à l'intéressé, mais l'automaticité du système ne le nécessite pas.

414. — Si l'on admet que la démission volontaire est une contrepartie de la révocation (6), il est logique de transposer à la première les systèmes de réparation auxquels la seconde donne lieu. Ainsi, les membres du directoire qui démissionneraient sans juste motif pourraient être tenus au paiement de dommages et intérêts. Quant aux membres du conseil de surveillance, il est normal, puisqu'ils sont, aux dires mêmes de la loi, des mandataires, de leur appliquer la règle de l'article 2007, al. 2, du Code civil (7) : « Si la renonciation préjudicie au mandant, il devra en être indemnisé par le mandataire à moins que celui-ci ne se trouve dans l'impossibilité de continuer le mandat sans en éprouver un préjudice considérable. »

« On décide généralement que la loi, en parlant de " préjudice considérable " éprouvé par le mandataire, n'a fait que donner un exemple, et que la disposition de l'article 2007 alinéa 2 du Code civil, malgré son caractère exceptionnel, doit être étendue à tous les cas où il existe, pour le mandataire, une " juste cause " de renonciation. » (8) La règle est ainsi très proche de celle qu'on peut appliquer aux membres du directoire.

Enfin, il est incontestable que la démission d'un membre du directoire ou d'un membre du conseil de surveillance, faite dans des circonstances constituant un abus de droit, peut donner lieu à une réparation, alors même qu'elle était justifiée.

Section 2. — Démission pour une cause tenant à la société.

415. — Lorsque la société change de forme, la disparition du directoire et du conseil de surveillance entraîne *ipso facto* la démission de leurs membres. C'est le cas quel que soit la forme choisie (9), même si la société devient une société anonyme traditionnelle (art. L. 118); il n'y a pas lieu, à notre avis, de rechercher si cette transformation est justifiée pour établir dans quelle mesure

(4) Sur ce point, v. D. MARTIN, art. préc., n° 17. Notons que la démission d'un administrateur peut prendre effet à la fin de la séance où le conseil coopte son remplaçant (Amiens 10 mars 1977, *Rev. Trim. Dr. Com.* 1977, 528, obs. R. HOUIN; *D.* 1978, 199, n. J.-C. BOUSQUET). Cette solution audacieuse, qui permet de conserver une majorité étroite, semble transposable au conseil de surveillance.

(5) V. SARRUT et CHAMPAUD, *Dict. permanent dr. des affaires*, v° *Conseil d'administration*, n° 75.

(6) H. SOULEAU, art. préc., n° 12, p. 31; HÉMARD, TERRÉ et MABILAT, t. 1, p. 949, n° 1076; B. HOUIN, La rupture unilatérale des contrats synallagmatiques, th. Paris, dactyl., 1974. *Contra :* B. PIÉDELIÈVRE, *Gaz. Pal.* 1968, 1, Doctr. p. 94, n° 54.

(7) H. SOULEAU, art. préc., n° 25, p. 42; D. MARTIN, art. préc., n° 15.

(8) R. RODIÈRE, *Encycl. Dalloz*, v° *Mandat*, n° 381.

(9) V. art. L. 236.

les membres de l'ancien directoire ont droit à une indemnisation s'ils ne retrouvent pas dans la société nouvelle une fonction de gestion (10).

La nomination d'un administrateur judiciaire a peu de chance de survenir alors qu'il reste encore des membres du directoire en exercice. Si elle survient, « elle ne met pas à proprement parler fin aux fonctions des dirigeants » (11), qui, tout en conservant leur titre, n'ont plus le pouvoir de diriger l'affaire.

Le règlement judiciaire et la liquidation des biens n'entraînent pas automatiquement la dissolution de la société (12). Celle-ci va le plus souvent se produire alors par application des articles L. 241 (lorsque l'actif de la société devient inférieur au quart du capital social) ou 1865 du Code Civil (extinction de la chose). En l'absence d'une dissolution, les membres du directoire et ceux du conseil de surveillance restent en fonction, à moins qu'ils ne soient frappés d'interdiction par le Tribunal. Ils assurent la représentation de la personne morale (13), et convoquent les assemblées pour faire renouveler les postes, tandis que les syndics et commissaires sont chargés des tâches de gestion.

Lorsque la dissolution survient, pour quelque cause que ce soit, la société est mise en liquidation (art. L. 391) et les pouvoirs du directoire prennent fin, sauf s'il s'agit d'une liquidation judiciaire : l'article L. 403, critiqué par la doctrine (14), fait attendre dans ce cas la décision judiciaire prescrivant le mode de liquidation.

En revanche, le conseil de surveillance reste en place (art. L. 404) avec les commissaires aux comptes et peut être renouvelé (art. L. 413, al. 2), jusqu'à l'assemblée prononçant la clôture de la liquidation (15). Cette solution peut être écartée si les actionnaires en sont convenus dans les statuts.

(10) Comp. Cass. Com. 22 mai 1973, *Rev. Soc.* 1974, 314, n. M. GUILBERTEAU. (Le gérant d'une S.A.R.L. de presse, transformée en S.A., attaquait pour abus de droit la transformation qui mettait fin à sa quasi-irrévocabilité. Mais il retrouvait dans la société nouvelle un poste d'administrateur, et il n'avait pas été « révoqué » à proprement parler de ses fonctions de gérant.)

(11) Y. GUYON, *J.-Cl. Sociétés,* fasc. 133-E, n° 94.

(12) V. A.P.S., De l'incidence de l'état de règlement judiciaire ou de liquidation des biens sur les organes sociaux et sur la durée du mandat des administrateurs, ou membres du directoire, ou membres du conseil de surveillance d'une société anonyme, *Gaz. Pal.* 27-29 mai 1973. Sur le droit antérieur, v. Cass. Com. 18 avril 1969, *Rev. Soc.* 1970, 95, n. F. DERRIDA.

(13) Solution classique, v. D. BASTIAN, *J.-Cl. Sociétés,* fasc. 130-3, n° 82, et les références citées.

(14) D. BASTIAN, *J.-Cl. Sociétés,* fasc. 130-3, n° 81.

(15) J.-M. VERDIER, *Encycl. Dalloz Sociétés,* v° *Liquidation et partage,* n° 63; R. PLAISANT et P. DELAISI, même ouvrage, v° *Directoire et conseil de surveillance,* n° 87.

CHAPITRE TROISIEME

L'ARRIVEE DU TERME.

416. — Lorsque les fonctions des membres du directoire ou des membres du conseil de surveillance ne sont pas interrompues par l'un des événements qui viennent d'être étudiés, elles se déroulent jusqu'à l'expiration de la durée prévue. Mais la durée de principe, fixée par le législateur, est susceptible d'une certaine extension suivant le moment effectif où cessent les fonctions.

Section 1. — **Durée des fonctions.**

§ 1. — **Durée des fonctions des membres du directoire.**

417. — L'article L. 122 limite à quatre ans (1) la durée des fonctions des membres du directoire dans son ensemble. Il ne s'agit pas d'un maximum (2), contrairement à ce que prescrivent les articles L. 90 et L. 134 (« sans pouvoir excéder six ans »), mais d'une durée impérative. Serait nulle la clause qui prévoierait une durée plus courte ou plus longue, ou laisserait au conseil le soin d'en décider.

Si un ou plusieurs membres nouveaux viennent à être nommés avant l'expiration du délai de quatre ans (c'est-à-dire s'il reste au directoire au moins un membre de la première nomination), leurs fonctions cesseront lorsque celles du ou des membres antérieurement nommés auront duré quatre années.

Cette règle de l'article L. 122 est la conséquence et l'expression de la collégialité du directoire (3). C'est une équipe, conçue pour durer comme telle pendant quatre ans. Cela exclut les clauses de roulement (4). Il se pourra pourtant assez souvent que la composition du directoire varie notablement durant la période prévue (démission, révocation, limite d'âge, etc.).

Le directeur général unique est soumis à l'article L. 124, quoique oublié dans une rédaction peut-être trop préoccupée par l'affirmation du caractère collégial. Si le directeur général unique démissionne avant les quatre ans, son remplaçant devrait quand même être élu pour cette durée.

(1) Pour les entreprises publiques et les sociétés d'économie mixte, v. décret n° 72-209 du 20 mars 1972, *J.O.* 20-21 mars 1972, p. 2941.

(2) H. Labord, *Directoire et conseil de surveillance*, p. 35; Mercadal et Janin, n° 1540; Hémard, Terré et Mabilat, t. I, n° 1073, p. 947. V. *supra*, n°s 22 et s.

(3) Hémard, Terré et Mabilat, t. I, n° 1073, p. 947; V. *Supra*, n° 22 et s.

(4) H. Lecompte, La société anonyme avec directoire, *Rev Trim. Dr. Com.* 1968, p. 247.

Quant au président du directoire et aux directeurs généraux, la loi ne parle pas de la durée de leurs fonctions spéciales (5). Comme il a été vu, ce silence peut être interprété de la façon suivante : la durée des fonctions de représentation se confond avec celle des fonctions de membre du directoire, mais le conseil a la faculté d'abréger ce laps de temps en confiant le pouvoir de représentation à d'autres membres du directoire avant l'expiration du délai légal. Cette solution ne va pas dans le sens de la plus grande collégialité, mais l'absence de règle légale ne peut jouer au rebours de la hiérarchie des organes de la société anonyme.

Autre silence de la loi, la rééligibilité des membres du directoire, du président, des directeurs généraux et du directeur général unique. Mais ce silence est compréhensible : il vaut autorisation.

La violation des dispositions concernant la durée des fonctions du directoire peut entraîner la nullité d'une clause illicite, mais non, semble-t-il, celle de la nomination d'un membre dont les fonctions seront de quatre ans, nonobstant toute décision contraire.

Ces dispositions pourraient être modifiées, car pour le rapport Sudreau, qui désire « apporter plus de souplesse au système », la durée du mandat des membres du directoire pourra être fixée librement par les statuts entre deux et six ans, au lieu de la durée impérative actuelle des quatre ans » (6). On peut se demander si la durée choisie vaudrait encore pour tout le directoire; sans quoi, l'on se trouverait en présence d'une atteinte considérable à la collégialité particulière de cet organe. Il est vrai que tel est bien le souhait du rapport Sudreau, pour qui la collégialité est plus un handicap qu'un atout. Dans le point de vue qui nous occupe, la disparition de la collégialité entraînerait un nouveau recul de la stabilité voulue en 1966, alors que déjà, dans ce domaine, une durée de quatre ans semble bien courte. Mais la Commission Sudreau pensait que le conseil de surveillance devait subir une évolution similaire.

§ 2. — Durée des fonctions des membres du conseil de surveillance

418. — L'article L. 134, analogue à l'article 90 relatif aux administrateurs, fixe une durée maximum de six ans (contre cinq ans dans les projets européens) (7), au mandat des membres du conseil de surveillance. En deçà des six ans, une grande liberté est laissée aux rédacteurs des statuts, comme en matière de conseil d'administration (8). A noter cependant que les premiers membres du conseil de surveillance sont nommés dans les statuts pour trois ans, lorsque la société ne fait pas appel public à l'épargne (art. L. 88).

Le président et le vice-président du conseil de surveillance « exercent leur fonction pendant la durée du mandat du conseil de surveillance » (art. L. 138, *in fine*). On a vu dans cette disposition la prohibition des clauses de roulement valables pour les administrateurs (9). Mieux vaut pourtant y voir un laxisme de la

(5) V. T. Com. Roubaix 25 juil. 1973, *Bul. Inf. Soc.* 1974, p. 593, *Rev. Trim. Dr. Com.* 1973, 577, obs. R. HOUIN; — Douai 17 juin 1976, *Gaz. Pal.* 25-26 mars 1977, n. A.P.S.; *Rev. Soc.* 1977, n. J. J. BURST.

(6) P. 110.

(7) Projet Sanders, art. IV-2-2; C.E.E., art. 74-3.

(8) Sur les clauses possibles v. P.-G. GOURLAY, *Le conseil d'administration de la société anonyme*, B.D.C., t. 24, nos 54 et s.

(9) D. BASTIAN, J.C.P. 1968, I, 2183, n° 500; *Dict. Joly*, S.A., t. 2, Sie A, Conseil de surveillance et directoire, n° 117, p. 94.

rédaction. En effet, c'est l'article L. 134 qui régit la durée du mandat « des membres du conseil de surveillance », et non du conseil *in globo* (10). De plus, l'article D. 101 détermine le moment où prennent fin « les fonctions d'un membre du conseil de surveillance » (11). Cela s'explique normalement par la collégialité moindre dans cet organe que dans le directoire, et par le parallélisme étroit qui le lie au conseil d'administration (12). En outre, si le renouvellement partiel ne touche pas le président et le vice-président, le texte un peu malencontreux de l'article L. 138 sera respecté (13).

La sanction de la violation des règles relatives à la durée du mandat des membres du conseil de surveillance est, si l'on s'en tient aux termes stricts de l'article L. 134, dernier alinéa, la nullité de la nomination. Sanction sévère et peu pratique, qui interviendra lorsqu'on aura stipulé une durée supérieure au maximum (six ou trois ans selon les cas).

La durée des fonctions du président et du vice-président n'est pas fixée, à notre sens, à peine de nullité de la nomination. Sans quoi, il y aurait une virgule ou un point virgule entre les deux phrases de l'article L. 138, al. 2. La réduction automatique du mandat semble souhaitable.

De toute manière, les membres du conseil de surveillance sont rééligibles (art. L. 124, al. 2); le président et le vice-président aussi (s'ils sont réélus membres), puisque la loi ne l'interdit pas. Mais la rééligibilité, fût-elle affirmée par la loi, ne constitue pas pour autant une obligation dont la violation constituerait un abus de droit (14).

L'application des durées légales différentes permet un décalage dans le renouvellement entre le directoire et le conseil de surveillance. Certains ont loué cette mesure qui permet à la société d'éviter de se trouver « doublement décapitée ». Mais cet événement tragique se produira pourtant tous les douze ans, et les statuts peuvent fixer à quatre ans la durée des fonctions au conseil de surveillance. Cela dit, la coïncidence dénoncée ne se produira que très rarement en pratique (art. D. 101) surtout si un roulement est prévu. On peut le regretter au nom de la souveraineté des actionnaires, et c'est peut-être le point de vue du projet n° 2510 qui propose d'abaisser à quatre ans la durée normale des fonctions des administrateurs et membres du conseil de surveillance (15). Le projet prévoit en outre des mesures transitoires.

Quant au rapport Sudreau, il propose de réduire à trois ans la durée maximum des mandats, et de limiter à trois le nombre des mandats successifs. « Toutefois, après une interruption d'une durée égale à celle d'un mandat, l'ancien administrateur pourrait à nouveau entrer au conseil. » (16).

De telles règles permettraient de se débarrasser des personnes que l'on n'ose pas ne pas renouveler. Le problème ne s'est pas encore posé spécifiquement pour les conseils de surveillance, mais pour eux aussi sans doute l'immobilisme est parfois critiquable. Le rapport précise d'ailleurs que ces limitations ne s'appliqueraient qu'aux sociétés anonymes d'une certaine dimension, et ne toucheraient pas le président du conseil de surveillance. Cependant, il est difficile d'estimer si la majorité des hypothèses ne nécessite pas plutôt la stabilité des

(10) MERCADAL et JANIN, n° 1622.
(11) J.-J. CAUSSAIN, *J.-Cl. Sociétés*, fasc. 133-D, n° 41. Le texte de l'art. D. 102 confirme aussi cette interprétation.
(12) H. LABORD, ouvr. préc., p. 75.
(13) HÉMARD, TERRÉ et MABILAT, t. I, n° 1126, p. 988.
(14) V., pour les administrateurs, Paris 25 janv. 1972, *Rev. Soc.* 1972, 66, n. D. SCHMIDT; *Rev. Trim. Dr .Com.* 1973, 113, obs. R. HOUIN.
(15) *J.O.*, Documents Ass. Nat., 1976, projet n° 2510, art. 14.
(16) P. 115.

fonctions de surveillance. Mieux vaut ne pas se montrer autoritaire lorsque la solution préjudicie à trop d'intérêts légitimes, ce qui peut être le cas à propos de la continuité du contrôle.

Section 2. — Le moment de la cessation des fonctions.

§ 1. — Au conseil de surveillance.

419. — Le délai de six ans ou moins qui commence à courir lorsque les membres du conseil ont individuellement accepté leur nomination (17) s'achève « à l'issue de l'assemblée générale ordinaire des actionnaires ayant statué sur les comptes de l'exercice écoulé et tenue dans l'année au cours de laquelle expire le mandat dudit membre du conseil de surveillance » (art. D. 101).

Identique à celle retenue pour les administrateurs (art. D. 77), cette solution a l'avantage de la commodité, puisque l'assemblée nomme les membres du conseil. Elle permet d'attendre les résultats sociaux avant de confirmer les fonctions. On a fait observer que les comptes sont rendus à l'assemblée par le directoire et non par le conseil (art. L. 157, al. 2) (18). Peut-être faut-il voir là un indice de l'étendue des responsabilités de contrôle qui incombent au conseil de surveillance.

Ceci étant, la durée des fonctions pourra dépasser effectivement les six ans, puisque l'assemblée générale annuelle doit se tenir dans les six mois qui suivent la clôture de l'exercice (art. L. 157, al. 1er). Si l'assemblée n'est pas réunie à cette date, le conseil de surveillance demeure en fonctions jusqu'à ce que l'assemblée puisse avoir lieu (19). Les membres du directoire et les membres du conseil de surveillance encourent les peines de l'article L. 441 (via les art. L. 464 et L. 158) s'ils ne convoquent pas l'assemblée.

Si l'assemblée, régulièrement tenue, néglige de renouveler les membres dont les fonctions sont expirées, il y a lieu d'appliquer l'article L. 137.

§ 2. — Au directoire.

420. — Le délai impératif de quatre ans, qui commence à courir au moment où les membres du directoire ont collectivement accepté leur nomination, n'a pas reçu de terminaison particulière. On en a conclu qu'il se calculait de quantième à quantième (20), ce qui est parfaitement compatible avec la permanence (art. L. 128, al. 1er) du rôle joué par le conseil de surveillance, et ne saurait décharger le directoire de ses responsabilités.

Toutefois, il paraît regrettable qu'un conseil de surveillance dont la plupart des membres vont voir expirer leur mandat puisse renouveler les fonctions d'un directoire avant que l'assemblée n'ait jugé de la gestion. Il faudrait que cette dernière soit suffisamment mauvaise pour constituer un juste motif de révoca-

(17) V. *supra*, nos 336 et s.
(18) Hémard, Terré, Mabilat, t. I, n° 1126, p. 998.
(19) P.-G. Gourlay, th. préc., nos 52 et 53.
(20) Mercadal et Janin, n° 1541.

tion, si la société veut, après le renouvellement, se débarrasser d'un ou plusieurs membres sans l'indemniser. On mesure le trouble de la situation. Pour cela, une solution analogue à celle de l'article D. 101 serait heureuse (21) : elle ne peut résulter que d'un texte si elle aboutit à réduire ou à prolonger le délai de quatre ans.

Si le conseil ne renouvelle pas le directoire à temps, il y a vacance et possible application de l'article D. 97.

CONCLUSION DU TITRE

421. — Le bon fonctionnement global du système spécifique qu'est la société anonyme explique pourquoi les dirigeants sociaux sont moins bien traités que leurs subordonnés. S'ils partagent avec ces derniers l'aspiration à la stabilité professionnelle, l'importance de leurs fonctions fait admettre que cette stabilité ne puisse résulter mécaniquement d'un statut protecteur.

De toute manière, les membres du directoire et les membres du conseil de surveillance protègent le plus souvent leurs fonctions en demeurant actionnaires ou en accroissant leur participation dans le capital social. Ils peuvent dans certains cas s'assurer un contrôle de la société, suffisant pour empêcher qu'on ne les révoque trop facilement. Actions à vote double, clauses d'agrément, pouvoirs en blanc... Les techniques ne manquent pas pour que les dirigeants sociaux assurent leur propre défense (22).

Ce que la société anonyme à directoire apporte de nouveau se place sur un autre terrain. Préfigurant l'ère des gestionnaires professionnels, elle accorde aux membres du directoire — qui gardent en droit la possibilité d'user des techniques de contrôle — une stabilité particulière au niveau de leur révocation. Mais cette stabilité est limitée par la nature même des fonctions assumées, qui lient le sort des membres du directoire à celui de la société, et pour une durée limitée.

Mais en tout état de cause, l'indemnisation et le maintien du contrat de travail ne peuvent porter atteinte au droit de la société de choisir ses dirigeants. C'est seulement, en définitive, sur le plan pécuniaire, que la stabilité des membres du directoire est défendue.

(21) HÉMARD, TERRÉ et MABILAT, t. I, n° 1074, p. 948.
(22) V. P. CIRON, La stabilité des fonctions des dirigeants sociaux dans les sociétés commerciales, th. Bordeaux, 1975, dactyl.

TITRE DEUXIEME

SITUATION PECUNIAIRE DES MEMBRES DU DIRECTOIRE ET DES MEMBRES DU CONSEIL DE SURVEILLANCE

422. — La situation pécuniaire des dirigeants de sociétés comprend deux faces qui l'une et l'autre correspondent à la place essentielle qu'ils prennent dans le système social : la première face est celle des avantages, la seconde, celle des risques.

Chapitre premier : Avantages;

Chapitre deuxième : Risques.

CHAPITRE PREMIER

AVANTAGES

423. — On peut faire la même distinction entre les membres du directoire et les membres du conseil de surveillance qu'entre le président du conseil d'administration et les administrateurs, s'agissant des avantages que chacun retire de ses fonctions.

Cela se vérifie aussi bien quant aux rémunérations proprement dites, que quant au régime fiscal ou social.

Section 1 : Rémunérations;

Section 2 : Régime fiscal;

Section 3 : Régime social.

Section 1. — Rémunérations.

424. — L'opposition entre membres du directoire et membres du conseil de surveillance se situe, ici par rapport à la liberté de choix dans le mode et le calcul des rémunérations : le régime applicable aux membres du directoire n'est pratiquement pas réglementé, à la différence de celui qui s'impose aux membres du conseil de surveillance.

§ 1. — Rémunérations des membres du directoire.

425. — On a souvent invoqué la révocabilité *ad nutum* des administrateurs et de leur président pour justifier leurs rémunérations élevées. Mais il semble bien que les membres du directoire, qui sont un peu mieux protégés, ne soient pas plus mal payés que leurs collègues des sociétés de type classique. Le dispositif légal relatif à la fixation des rémunérations (I) et au contrôle de cette fixation (II) présente d'ailleurs beaucoup d'analogies entre les deux cas.

I. — Fixation des rémunérations des membres du directoire.

426. — Les rémunérations des membres du directoire sont fixées par le conseil de surveillance dans l'acte de nomination. La compétence du conseil

est, pour certains, d'ordre public (1). Cependant, les termes mêmes de l'article L. 123 n'excluent peut-être pas que la fixation des rémunérations soit reproduite dans l'acte de nomination et conçue ailleurs, par exemple par l'assemblée seule, ou par l'assemblée sur proposition du conseil de surveillance. Une solution de ce genre n'a-t-elle pas été admise pour le président du conseil d'administration (2), alors que les termes de l'article L. 110 confèrent compétence au conseil d'administration ?

De même, on peut estimer licite la clause statutaire fixant un maximum de rémunérations pour chaque membre du directoire ou pour tous (3). Elle serait bien dans l'esprit de l'article L. 168-4°.

L'article L. 123 n'empêche pas non plus que les fonctions de membre du directoire soient exercées gratuitement (4). Rien n'empêche de fixer à rien ou à très peu le montant de la rémunération.

En revanche, tous les types de rémunérations ne sont pas permis. Ainsi des tantièmes, qui ne sont même plus attribués aux membres du conseil de surveillance. On pourrait dire la même chose des jetons de présence, mais rien n'interdit de verser aux membres du directoire une somme fixe annuelle dont le montant est porté aux charges d'exploitation (5). C'est même une solution assez fréquente. On stipule souvent une rémunération mensuelle. Elle peut s'accompagner de primes dont le montant est proportionnel, par exemple, aux bénéfices. Parfois, la rémunération tout entière évolue en fonction d'une variable : le chiffre d'affaires en est une dangereuse (6); mieux vaut partir de la rentabilité.

Rien ne s'oppose non plus à ce que l'on prévoie une retraite au bénéfice des membres du directoire, qui peuvent également recevoir des avantages en nature : mieux vaudrait le stipuler dans l'acte de nomination, à l'exclusion, évidemment, des éventuels remboursements de frais; les formules employées devront être larges, car il n'y a qu'un seul acte de nomination tous les quatre ans ! Il serait raisonnable d'écarter cet obstacle formel, en admettant que le conseil de surveillance a le pouvoir de modifier les mentions de l'acte de nomination relatives à la rémunération, avec l'accord du membre concerné.

Notons d'ailleurs que le salaire dû à un membre du directoire en raison d'un contrat de travail est fixé dans ce contrat, et n'apparaît pas dans l'acte de nomination de l'article L. 123 (6 *bis*).

Il n'est pas suffisant de fixer une somme globale qui représenterait la rémunération de l'ensemble du directoire. L'article L. 123 vise expressément la rémunération de « chacun des membres » (7). Cette solution s'accommode bien du fait que les rémunérations seront inégales; ceux qui représentent la société peuvent recevoir plus. La répartition des tâches (art. D. 99) et les différences de qualification, l'ancienneté, etc., peuvent entrer en ligne de compte : la liberté est complète sur ce point.

(1) MERCADAL et JANIN, n° 1575.
(2) F. TERRÉ, *Economie et Comptabilité*, sept. 1971, 5594.
(3) H. LABORD, *Directoire et conseil de surveillance*, p. 41.
(4) H. LABORD, préc. p. 41; HÉMARD, TERRÉ et MABILAT, t. I, n° 1081, p. 953.
(5) E. DU PONTAVICE, La fixation de la rémunération des organes de direction et de surveillance de la société anonyme, *Mél. Bastian*, t. I, p. 177 et s.
(6) ESCARRA et RAULT, t. IV, n° 1563, p. 296 et 297; A. DALSACE, Les rémunérations exceptionnelles des administrateurs de société anonyme, *J.C.P.* 1962, I, 1693; C. PINOTEAU, A propos de la rémunération des dirigeants de sociétés, *Gaz. Pal.* 1971, 1, Doctr. p. 50; — Paris 9 janv. 1952, *J.C.P.* II, 6970, n. D. BASTIAN; *Gaz. Pal.* 1952, 1, 161; *D.* 1952, 383.
(6 *bis*) V. Ph. LAURENT, Le salaire des dirigeants sociaux titulaires d'un contrat de travail, *Gaz. Pal.* 1978, n°s 85 à 87, 26-28 mars.
(7) HÉMARD, TERRÉ et MABILAT, t. I, n° 1081, p. 953.

427. — L'inobservation des règles relatives à la fixation des rémunérations peut entraîner la restitution (8) par le bénéficiaire ainsi que la mise en jeu de la responsabilité de l'organe qui a commis une faute : par exemple, du membre du directoire qui s'est accordé à lui-même une rémunération ou du conseil qui a stipulé le paiement de tantièmes à des membres du directoire.

Ajoutons que l'administration fiscale peut refuser d'admettre dans les charges déductibles une rémunération qui n'aurait pas été régulièrement décidée par les organes compétents de la société (9). En outre, le délit d'abus des biens sociaux vient réprimer l'usage des biens de la société qui est fait contrairement à l'intérêt social et dans un but d'intérêt personnel (10) (art. L. 427-3°).

Les rémunérations, régulièrement fixées, doivent correspondre par la suite à des fonctions effectives, sans quoi leur restitution peut être exigée (11).

II. — Le contrôle de la fixation des rémunérations des membres du directoire.

428. — La grande majorité de la doctrine estime que la rémunération du président du conseil d'administration n'a pas à faire l'objet de la procédure de contrôle prévue aux articles L. 101 à 105 (12). Bien que la jurisprudence relative à l'ancien article 40 se soit prononcée en sens contraire (13), les travaux parlementaires (14) n'offrent guère de doutes. Des réponses ministérielles sont venues appuyer l'opinion dominante (15).

La même solution s'impose, *mutatis mutandis*, pour la rémunération des membres du directoire. Des arguments de texte ont, en plus, été invoqués : l'article L. 123 ne fait pas référence à l'article L. 143 (16), le terme « fixe » exclut toute vérification (17). L'argument essentiel (18) reste que l'on a seulement voulu informer les actionnaires par les dispositions de l'article L. 168-4°; ce texte donne à tout actionnaire « le droit d'obtenir communication du montant global, certifié exact par les commissaires aux comptes, des rémunérations versées

(8) Cf. pour les administrateurs Rép. Min. Just. à M. Le Douarec, *J.O.*, Déb. Ass. Nat., 27 févr. 1971, p. 542; *Rev. Trim. Dr. Com.* 1971, 361, obs. R. Houin.

(9) V. Martin-Martinière, *Economie et Comptabilité*, mars 1972, p. 39.

(10) Pour un président du conseil d'administration, Cass. Crim. 9 mai 1973, *D.* 1973, Somm. 96; *J.C.P.* 1973, C.I., 2992; *D.* 1974, 291, n. B. Bouloc.

(11) Pour les administrateurs, v. Cass. Com. 9 nov. 1966, *J.C.P.* 1967, II, 15250, n. R.D.M.

(12) Ripert et Roblot, t. I, n° 1303; R. Houin, obs. *Rev. Trim. Dr. Com.* 1968, 90 et 1971, p. 359; Hémard, Terré et Mabilat, t. I, n° 980, p. 847; D. Bastian, *J.-Cl. Sociétés*, fasc. 130-5, n° 42; E. Du Pontavice, Le commissaire aux comptes et la rémunération des dirigeants des sociétés anonymes, *Rev. Soc.* 1968, 30; Y. Guyon, *J.-Cl. Sociétés*, fasc. 134-B, n° 35; Ph. Gerbay, Un exemple de la contribution apportée par le droit fiscal au droit des sociétés (les rémunérations perçues par les dix ou cinq personnes les mieux rémunérées de la société anonyme), *Rev. Soc.* 1977, 19; Vuillermet, *Droit des sociétés commerciales*, p. 368; J. Burgard, *Le management*, sept. 1971, p. 81. Comp. Mercadal et Janin, n° 1386; de Juglart et Ippolito, II, n° 722, p. 660.

(13) V. encore Cass. Com. 1er juin 1970, *D.* 1970, Somm. 120; *Rev. Trim. Dr. Com.* 1971, 359, obs. R. Houin; *Rev. Soc.* 1971, 57, n. J.G.

(14) *J.O.*, Déb. Sénat, 21 avril 1966, p. 222; *J.O.*, Déb. Ass. Nat., 10 juin 1966, p. 1036.

(15) Rép. Min. Just. à M. Poudevigne, *J.O.*, Déb. Ass. Nat., 4 avril 1969, p. 870; à M. Beucler, *J.O.*, Déb. Ass. Nat., 28 janv. 1972, p. 249. Rép. Min. Fin. à M. Estève, *J.O.*, Déb. Sénat, 16 janv. 1973, p. 23; v. aussi *Bul. de la C.O.B.*, n° 82, mai 1976.

(16) B. Piédelièvre, *Gaz. Pal.* 1968, 1, Doctr. 94, spé. n° 23.

(17) J. Burgard, *Direction générale et direction technique des sociétés anonymes*, L.G.D.J. p. 217.

(18) H. Labord, préc. p. 40; Hémard, Terré et Mabilat, t. I, n° 1081, p. 953; Ripert et Roblot, n° 1316; J.-J. Caussain, *J.-Cl. Sociétés*, fasc. 133-C, n° 43.

aux personnes les mieux rémunérées, le nombre de ces personnes étant de dix ou de cinq selon que l'effectif du personnel excède ou non deux cents salariés ».

Les représentants du comité d'entreprise semblent mieux traités que les actionnaires, car ils ne sont nullement obligés de quitter le conseil de surveillance lorsqu'il délibère sur les rémunérations du directoire. Il est vrai que pèse sur eux une obligation de discrétion « à l'égard des informations présentant un caractère confidentiel et données comme telles par le chef d'entreprise ou son représentant » (19). Les travaux parlementaires de 1966 nous montrent que le législateur considérait ces informations comme confidentielles.

Quant aux commissaires aux comptes, ils ont connaissance des rémunérations, mais seulement pour certifier l'exactitude du montant global visé à l'article L. 168-4° (20).

Toutes ces dispositions s'accordent difficilement avec l'obligation de déposer au registre du commerce les actes de nomination pour qu'ils soient portés à la connaissance des personnes qui voudraient en faire la demande (art. 66 du décret n° 67-237 du 23 mars 1967). L'article 70 du décret n° 67-237, qui délimite les exceptions à la communication des copies, ne mentionne pas l'acte de nomination des membres du directoire.

Il semble donc que l'information refusée à l'intérieur de la société puisse être diffusée par le registre du commerce. Une des (meilleures) originalités de la société à directoire serait donc d'être une « maison de cristal », comme le souhaitait Léon Mazeaud (21).

Reste cependant qu'aucun contrôle direct de la décision du conseil de surveillance n'est possible. Mais les actionnaires, dûment informés, disposent de certaines armes : prouver la fictivité des fonctions, refuser d'approuver les comptes ou bien le salaire des membres du directoire (le cas échéant), révoquer les membres du conseil de surveillance, mettre en jeu la responsabilité du directoire et du conseil... Quant aux salariés, ils peuvent formuler des suggestions d'ordre comptable ou économique. Mais l'on comprend, même si on le déplore, que le patronat répugne, notamment sur ce point, à la « cosurveillance » (22).

Ajoutons cependant que les rémunérations versées aux membres du directoire en raison d'un contrat de travail, sont soumises à la procédure de contrôle des articles L. 143 et suivants, en cas de conclusion ou de modification du contrat en cours de fonctions (22 *bis*).

§ 2. — La rémunération des membres du conseil de surveillance.

429. — Elle obéit aux mêmes règles que celle des administrateurs de la société anonyme de type classique. Les articles L. 140, 141 et 142, et D. 118 correspondent aux articles L. 108, 109 et 107, et D. 92, avec une exception notable cependant : l'article L. 107 réserve pour les administrateurs le cas où ils sont salariés en vertu de l'article L. 93, alors que l'article L. 143, al. 2,

(19) V. art. L. 149 et art. 4, al. 2, ord. 22 févr. 1945.
(20) Y. GUYON, *J.-Cl. Sociétés*, fasc. 134-B, n° 36.
(21) Note sous Montpellier 28 nov. 1963, *D.* 1964, 483.
(22) V. les déclarations de M. Ambroise Roux à l'assemblée générale du C.N.P.F., *Le Monde*, 14 janv. 1976, p. 31.
(22 *bis*) Pour un P.D.G., v. Soc. 8 déc. 1976, *Rev. Soc.* 1977, 252, n. I. BALENSI; *Rev. Jur. Com.*, 1977, 413, n. Y. CHARTIER; *Rev. Trim. Dr. Com.*, 1977, 536, obs. R. HOUIN.

réserve le cas où les membres du conseil de surveillance sont des salariés qui ont souscrit des actions dans les conditions de l'article L. 208-9.

Le mandat des membres du conseil de surveillance peut être gratuit, comme en témoigne la tournure facultative des phrases des textes précités. En revanche, les modes de rémunérations sont limitativement énumérés : jetons de présence (art. L. 140, al. 1er), tantièmes (L. 140, al. 2 ancien), rémunérations exceptionnelles (L. 141), remboursement de frais (D. 118, al. 2).

430. — Les jetons de présence sont décidés par l'assemblée générale ordinaire, s'ils ne sont pas interdits dans les statuts. L'assemblée générale détermine une somme globale que le conseil répartit librement entre ses membres. La compétence du conseil est d'ordre public, il n'appartient pas à l'assemblée d'affecter elle-même les jetons aux différents membres du conseil. Ces derniers ne sont pas en position d'égalité : le conseil, dans son ensemble, attribue la somme qu'il désire à chacun de ses membres. La seule limite à l'injustice est ici l'abus de majorité (23), car l'article D. 118, al. 1er, n'est qu'indicatif. Une part supérieure peut par exemple être attribuée aux membres chargés de missions ou de mandats spéciaux ou faisant partie de commissions créées par le conseil en son sein (24). L'abus de majorité sera établi lorsqu'aucune raison sérieuse ne vient étayer une forte discrimination.

Les jetons de présence sont utilisés plus fréquemment que les tantièmes, car ces derniers ne sont pas portés aux charges d'exploitation.

431. — Quant aux tantièmes, la loi n° 75-1347 du 31 décembre 1975 vient de les supprimer (25), tant pour les administrateurs que pour les membres du conseil de surveillance, auxquels ils avaient déjà été accordés difficilement par le Sénat de 1966. L'article L. 140 perd son deuxième alinéa, alors que le premier décide que « l'assemblée détermine (les jetons de présence) sans être liée par des dispositions statutaires ou des décisions antérieures ». Cela concerne bien évidemment les tantièmes : représentant une part des bénéfices de la société, ils étaient décidés par l'assemblée générale extraordinaire et faisaient l'objet d'une clause des statuts. Leur calcul, leur répartition et leur versement (26), identiques pour les administrateurs et les membres du conseil de surveillance, étaient régis par les articles L. 352, D. 118 et L. 351, désormais abrogés. Mais des mesures transitoires sont aménagées et des tantièmes ont pu encore être perçus au titre des exercices clos en 1975, 1976 et 1977, conformément au droit ancien. Toutefois, le pourcentage maximum du bénéfice distribuable fixé à l'article L. 352 (10 %) est ramené à 5 % pour les exercices clos en 1976 et à 3 % pour les exercices clos en 1977 (art. 3 de la loi du 31 déc. 1975).

Sur tous ces points, le Parlement a entièrement suivi le projet du Gouvernement (27), qui considère comme suffisants les jetons de présence, et comme excessifs les tantièmes : il n'existe pas pour eux de plafonnement en valeur absolue, et l'on imagine le pactole qu'ils constituent dans les grosses sociétés dont

(23) D. Bastian, La réforme du droit des sociétés par la loi du 4 mars 1943, *J.C.P.* 1943, I, 348, n° 23.

(24) Et aussi aux président et vice-président du conseil de surveillance.

(25) V. F. Terré, La disparition des tantièmes, *Rev. Soc.* 1976, 237; J. Guyenot, Nouveau régime fiscal des jetons de présence et suppression des tantièmes, *Gaz. Pal.* 22 juin 1976; *Rev. Huissiers* 1976, 1, 178; A.N.S.A., com. n° 1723, janv. 1976.

(26) Hamel et Lagarde, t. I, n° 646, p. 771; Escarra, *Cours de droit commercial*, n° 802, p. 491; G. Lagarde, brochures A.N.S.A., n° 89 (1951) et 105 (1955); D. Bastian, *J.-Cl. Sociétés*, fasc. 130-4; Hémard, Terré et Mabilat, t. I, nos 899 et 1127; E. Du Pontavice, art. préc.; Touzeau, La rémunération des organes de gestion dans les sociétés anonymes et les sociétés à responsabilité limitée, th. Rennes 1969.

(27) N° 1931, *J.O.*, Ass. Nat., 1975-1976, déposé le 24 oct. 1975.

les affaires marchent bien. De plus, ils étaient d'un maniement difficile, surtout en période de crise, puisqu'il fallait une assemblée générale extraordinaire pour les modifier ou les exclure.

432. — Les membres du conseil peuvent encore obtenir des rémunérations exceptionnelles correspondant aux missions et aux mandats qui leur sont confiés (art. L. 141). Ces rémunérations sont décidées par le conseil de surveillance, mais soumises aux dispositions des articles L. 143 à 147 (approbation de l'assemblée). Exceptionnelles, elles ne peuvent rétribuer des fonctions permanentes, comme la présidence ou la vice-présidence du conseil.

Aucune autre rémunération ne peut être allouée aux membres du conseil de surveillance, que celles des articles L. 140 et 141. On peut se demander alors si les avantages en nature sont interdits. Certes, les fonctions de membre du conseil de surveillance ne justifient pas, par exemple, la location d'un logement ou la mise à la disposition permanente d'une voiture. Mais elles peuvent nécessiter parfois certains avantages matériels qui aident les membres dans leur tâche de surveillance. D'ailleurs le conseil « peut autoriser » le remboursement de frais de voyage et de déplacement et les dépenses engagées par ses membres dans l'intérêt de la société (art. D. 118, al. 2). La référence à l'intérêt de la société semble indiquer que le conseil doit examiner chaque note et non prendre une décision de principe avant même que les frais et dépenses ne soient engagés.

Le rapport Sudreau, qui souhaitait seulement une modification des tantièmes, préconise une rémunération spéciale pour le président du conseil de surveillance. Est-ce utile puisque le conseil répartit lui-même les jetons de présence ?

L'article L. 142 est sanctionné doublement : toute clause statutaire contraire est réputée non écrite et toute décision contraire est nulle. L'application de ces sanctions conduit à la restitution des rémunérations et à la responsabilité de l'organe décideur. La restitution pourra aussi être obtenue lorsque les rémunérations ne correspondent plus à une « activité » effective (art. L. 140).

Quant à savoir si les membres du conseil de surveillance peuvent recevoir de la société une retraite, une récente étude (28) montre que cela n'est possible que dans l'hypothèse où ces membres ont eu, avant leur entrée en fonction, un contrat de travail avec la société, et que ce contrat n'est plus en vigueur.

Conclusion de la section.

433. — L'étude du régime des rémunérations montre qu'on a repris très étroitement les dispositions relatives à la société anonyme de type classique. Pourtant, la distribution des tâches est bien différente dans le type nouveau, qui aurait pu bénéficier d'un système aménagé.

D'abord, il aurait été plus sain d'admettre clairement un contrôle des actionnaires sur les rémunérations des membres du directoire, et plus sage de préciser la forme et la nature de ces rémunérations. La discussion sur ces sujets n'est pas plus nuisible à la société que le débat sur n'importe lequel des coûts de l'entreprise. Il est bon de laisser l'imagination des praticiens travailler librement, mais pas clandestinement. En outre, la fixation pour quatre ans semble échapper à

(28) J. LEBLOND, Du cumul des fonctions de membre du conseil de surveillance et de la situation de retraite d'une société anonyme, *Gaz. Pal.* 2-4 mai 1976.

la logique de la situation économique actuelle. Il ne faut pas oublier l'article L. 121 !

Autre « avantage » de la société à directoire, la possibilité de rémunérer les membres du conseil de surveillance aussi bien que des administrateurs. Leurs tâches et leurs responsabilités sont pourtant plus légères. La suppression des tantièmes ne change rien à cette inégalité, puisqu'on la veut générale.

En définitive, la société à directoire peut compter cinq dirigeants qui cumulent leurs rémunérations avec un salaire versé à l'occasion d'un contrat de travail, et elle peut verser autant de jetons de présence que la société à conseil d'administration. La situation des membres de directoire est alors d'autant plus avantageuse qu'ils prennent une part active à la fixation de leur salaire. Certes, ce contrat doit être autorisé par le conseil et approuvé par l'assemblée. Mais la puissance des membres du directoire peut être suffisante pour parvenir à des résultats intéressants dans ce domaine (29).

Ajoutons cependant que les membres du directoire sont soumis à la limitation des hauts salaires décidée par le « Plan Barre ».

Section 2. — Régime fiscal.

434. — L'attention avait été attirée par la proposition d'avantages fiscaux en faveur des sociétés qui prendraient la forme nouvelle. Mais cette idée de M. Louis Vallon, alors rapporteur de la Commission des Finances de l'Assemblée Nationale, portait sur une réduction du taux de l'impôt sur les sociétés et s'est heurtée aux mêmes réticences que la formule de René Capitant (30).

Si la société à directoire ne semble pas bénéficier pour elle-même d'une situation privilégiée sur le plan fiscal, elle offre quand même certains intérêts à cause du nombre de ses dirigeants; c'est pourquoi l'on peut rationnellement étudier la charge fiscale qui pèse sur les membres des organes nouveaux dans un chapitre consacré aux avantages de leur situation.

435. — Une note de l'administration fiscale du 11 février 1969 (31) se fonde sur le « parallélisme » existant entre la société anonyme à directoire et la société anonyme à conseil d'administration pour transposer à la première les solutions applicables à la seconde (32).

Ainsi, la rémunération principale de chacun des membres du directoire « relève de la catégorie des traitements et salaires »; elle vient en déduction des bases de l'impôt sur les sociétés, comme le salaire que le membre du directoire peut percevoir par ailleurs, s'il a conclu avec la société un contrat de travail (33).

Cependant, cette rémunération (dans laquelle il faut comprendre les allocations forfaitaires de frais) (34) ne peut être excessive (35), sans quoi, elle sera

(29) V. la critique de G. Lyon-Caen, Quand cesse-t-on d'être salarié ? (Le salarié employeur), *D.* 1977, Chron. 109.
(30) V. *J.O.*, Déb. Ass. Nat., 7 oct. 1965, p. 3357. *Supra*, n° 4.
(31) *B.O.C.D.* 1969, II, 4402; *Bul. Inf. Soc.*, p. 190, § 70.
(32) Sur ces solutions, v. E. Du Pontavice, *Mél. Bastian*, t. I préc., p. 180, n° 13.
(33) Sur la déductibilité des pensions et retraites, v. C.E. 31 oct. 1975, *Dr. fiscal* 1975, § 1579.
(34) *Lefebvre fiscal*, 1974, n° 303.
(35) Comp. pour un directeur général de société anonyme classique, C.E. 10 oct. 1973, *Bul. Inf. Soc.* 1974, p. 49.

pour partie non déductible; et cette partie sera taxée au nom du bénéficiaire comme revenu de capitaux mobiliers (sans ouvrir droit à l'avoir fiscal), alors même que l'intéressé n'aurait pas la qualité d'actionnaire (art. 39-1 C.G.I.).

436. — Quant aux membres du conseil de surveillance, leurs jetons de présence sont déductibles de l'assiette de l'impôt sur les sociétés « dans la mesure de 5 % du produit obtenu en multipliant la moyenne des rémunérations déductibles attribuées au cours de l'exercice aux salariés les mieux rémunérés de l'entreprise, par le nombre des membres composant le conseil » (art. 15 de la loi n° 75-1278 du 30 déc. 1975 portant loi de finances pour 1976) (36). Dans ce texte, les « personnes les mieux rémunérées s'entendent de celles mentionnées à l'article 39-5 du Code Général des Impôts » soit selon que le personnel est supérieur ou inférieur à deux cents personnes, les dix ou les cinq personnes dont les rémunérations directes ou indirectes ont été les plus importantes au cours de l'exercice.

Il y a là un frein opportun à un type d'évasion fiscale parfois très apprécié (37). Notons cependant que, même déductibles au regard de la société, les jetons de présence sont taxés au nom des bénéficiaires comme revenus de capitaux mobiliers.

Tant qu'ils existent, les tantièmes sont exclus des charges déductibles et font l'objet d'un prélèvement de 25 % sur leur montant brut (art. 117 *ter* C.G.I.). Les rémunérations exceptionnelles sont déductibles dans la mesure où elles correspondent effectivement au service rendu et ne constituent pas une distribution de bénéfice. Suivant les conditions de la mission ou du mandat, les rémunérations exceptionnelles sont considérées, pour la détermination du revenu imposable des membres concernés, soit comme des traitements et salaires, soit comme des bénéfices non commerciaux.

437. — En définitive, il y a un léger avantage en faveur de la société à directoire dans la course aux déductions, puisque les cinq membres du directoire peuvent déduire leurs rémunérations, dans la mesure où elles ne sont pas excessives. Pour les autres rémunérations, l'égalité est respectée avec la société de type classique, ce qui correspond en fin de compte assez bien au rôle exercé en fait par le conseil d'administration.

Pourtant, la disparité risque bien de s'établir au profit des membres du conseil de surveillance, si l'on applique à la société de type nouveau une solution établie pour le type classique : les dirigeants sociaux peuvent être condamnés au paiement des impôts et des amendes dus par la société, s'ils ont été reconnus coauteurs ou complices d'infractions fiscales commises par la société qu'ils dirigent. On voit que les administrateurs sont plus exposés, de par leur compétence de principe, à gérer la société.

Plus globalement, les avantages reconnus aux dirigeants de sociétés anonymes, par rapport aux autres dirigeants de sociétés commerciales, demeurent dans la société de type nouveau, et contribuent à rendre cette formule attrayante.

Mais il n'est pas sûr qu'un tel attrait survive très longtemps (38). Et de toute manière, le droit fiscal grignote actuellement un certain nombre des avantages, il est vrai un peu exagérés, qu'avaient su se ménager les dirigeants de

(36) V. J. GUYENOT, art. cité, n. 25; Com. A.N.S.A., mars 1976, n° 1736, et janv. 1976, n°s 1729 et 1724.

(37) La limite ainsi prévue serait d'environ 12 000 pour les sociétés importantes et entre 4 250 et 7 500 pour les sociétés de taille moyenne. V. *J.O.*, Déb. Sénat, 23 nov. 1975, p. 3609.

(38) V. cependant Rép. Min. Eco. et Fin. à M. Frédéric-Dupont, *J.O.*, Déb. Ass. Nat., 12 mai 1976, p. 2909; *Rev. Soc.* 1976, 571.

sociétés anonymes. L'abattement de 20 % sur les revenus salariés connaît une nouvelle dérogation avec le Plan Barre (39), un plafonnement légal des jetons de présence déductibles a été institué, etc. Il semble enfin que le contrôle des rémunérations excessives soit plus strict depuis quelque temps (40). Cela dit, les moyens de contrôle pourraient être perfectionnés.

Section 3. — Régime social.

438. — La loi du 28 mai 1955 (41) comprend parmi les personnes assujetties aux assurances sociales et bénéficiant de la législation sur les accidents du travail et des allocations familiales (art. 514 C.S.S.) les présidents-directeurs et les directeurs généraux des sociétés anonymes (42). La Caisse Nationale d'Assurance Maladie des Travailleurs Salariés (C.N.A.M.T.S.) estime, dans une lettre du 8 novembre 1972, que les membres du directoire doivent être assujettis au régime général de la Sécurité Sociale (43). Mais la C.N.A.M.T.S. s'appuie sur le fait que l'article L. 121, al. 1er (qui permet d'allouer des dommages et intérêts aux membres du directoire révoqués sans juste motif) est « une règle du contrat de travail et non du contrat de mandat ». « La figure des directeurs en est marquée », ajoute la lettre. Malgré ce motif inexact, l'énumération des raisons qui poussent à l'assimilation des membres du directoire au président du conseil d'administration paraît suffisamment étayer la thèse de la C.N.A.M.T.S., alors qu'il n'y a aucune raison spécifique, en dehors de l'absence de texte, qui induise une autre solution.

Une réponse ministérielle s'est d'ailleurs prononcée dans le même sens (44).

Peut-être n'est-il pas inutile, cependant, de réserver l'application d'une jurisprudence antérieure à la loi du 28 mai 1955, qui refusait l'assujettissement au président-directeur général « lorsqu'aucun lien de dépendance n'existait entre lui et la société » (45).

Tout dépend de cette qualification, puisque les personnes considérées comme salariées par la Sécurité Sociale bénéficient obligatoirement de la retraite des cadres (46). Notons toutefois que le problème se posera moins crûment pour les membres du directoire qui ont conclu avec la société un contrat de travail. De toute manière, la pratique semble établie dans le sens favorable aux membres du directoire. Mais ceux-ci n'ont pas droit (sauf s'ils ont un contrat de travail correspondant à un emploi effectif) à l'assurance-chômage (46 *bis*) ou à l'assurance-garantie des salaires (46 *ter*).

(39) V. art. 4 loi n° 76-1232 du 29 déc. 1976.
(40) V. Ph. Gerbay, art. préc., n. 12.
(41) Art. 242-9° et 415-2-*h* C.S.S.
(42) N. Catala, La situation des dirigeants de sociétés au regard de la sécurité sociale, *Mél. Cabrillac* 1968, p. 81 et s.
(43) *Bul. Inf. Soc.* 1972, p. 758.
(44) Rép. Min. Trav. à M. Plantier, *J.O.*, Déb. Ass. Nat., 27 juin 1974, p. 3141. Aj. H. Labord, et préc. p. 41. Pour l'assurance-chômage, v. Rép. Min. Aff. Soc. à M. P.-B. Cousté, *J.O.*, Déb. Ass. Nat., 27 oct. 1972, p. 4425; *Rev. Soc.* 1973, 197.
(45) Cass. Ch. réun. 29 juin 1955, J.C.P. 1955, II, 8821.
(46) Art. 4 de la convention de prévoyance et de retraite des cadres du 4 mars 1947.
(46 *bis*) V. Rép. Min. Trav. à M. Herment, *J.O.*, Déb. Sénat, 22 juin 1977, p. 1599; *Rev.* Soc. 1977, 590; *Rev. Trim. Dr. Com.* 1977, 547, obs., R. Houin; Rép. Min. Trav. à M. Pinte, *J.O.*, Déb. Ass. Nat., 15 janv. 1977, p. 262; *Rev. Soc.* 1977, 337.
(46 *ter*) Lyon 22 juin 1976, *Rev. Soc.* 1977, 477, n. J. J. Burst; *Rev. Trim. Dr. Com.* 1977, 539 obs. R. Houin. Pour l'assurance maladie en cas de cumul d'activités, v. Rép. Min. Trav. à M. Mauger, *J.O.*, Déb. Ass. Nat., 26 mars 1977, p. 1294; *Rev. Soc.* 1977, 339.

439. — Les membres du conseil de surveillance sont de simples mandataires, ils ne sont pas les subordonnés de la société : il n'y a donc pas à leur égard d'affiliation obligatoire au régime général de la Sécurité Sociale.

Si leur activité revêt pour eux un caractère professionnel, ils peuvent cependant être assimilés à des travailleurs indépendants pour les allocations familiales et le régime de retraite vieillesse des non-salariés.

Mais il nous semble douteux que la société puisse à leur bénéfice stipuler le versement d'une retraite (47) (art. L. 142), alors que cela n'est nullement exclu en faveur des membres du directoire (48).

Quoi qu'il en soit, les membres du directoire ont une situation pécuniaire enviable, et de même les membres du conseil, à un autre niveau. Cela se justifie-t-il par les risques qu'ils courent ?

(47) V. J. LEBLOND, art. préc., *Gaz. Pal.* 2-4 mai 1976.
(48) V. J. RICHARD, Les conditions statutaires relatives à la retraite des mandataires des sociétés par actions, *J.C.P.* 1971, C.I., 10362.

CHAPITRE DEUXIEME

RISQUES

440. — Pour mesurer les risques personnels que fait courir l'appartenance au directoire ou au conseil de surveillance, on peut partir d'une définition théorique et générale des obligations qui pèsent sur les membres de ces organes. C'est ce que fait le droit allemand. Le droit français, lui, se contente d'énoncer quelques obligations spécifiques et ne permet d'inférer une telle définition que de l'ensemble des textes qui visent les personnes considérées, ou plus logiquement, de la nature de leurs fonctions, dégagée doctrinalement.

C'est surtout négativement, à partir des principes relatifs à la responsabilité, que cette notion synthétique affleure en droit français. On peut alors parler d'obligation générale de diligence; mais on sent l'imprécision de cette notion, qu'on la déduise d'un contrat de mandat ou d'une fonction institutionnelle. Et l'on ne saurait, en droit français, en tirer des conséquences sur la charge de la preuve.

La retenue du législateur français s'explique non seulement par la tradition, mais aussi par un souci bien rationnel de ne pas définir trop individuellement la responsabilité d'une tâche exercée en collège. Et pourtant, même collective, cette responsabilité n'aura d'efficacité que si elle atteint chaque membre, en particulier, dans sa conscience et dans sa situation matérielle.

Section 1 : Obligations spécifiques;
Section 2 : Responsabilité civile;
Section 3 : Sanctions personnelles.

Section 1. — Obligations spécifiques.

441. — Il est entendu que les membres en fonctions doivent continuer de respecter les conditions d'aptitude pour demeurer en poste. Mais, en plus, le législateur détermine à leur égard un certain nombre d'obligations particulières sur la façon dont ils doivent remplir leur mission.

Ces obligations poursuivent des objectifs divers : éviter une mauvaise utilisation des informations, contrôler les conventions que les membres passent directement ou indirectement avec la société, renforcer la responsabilité dans les actes les plus importants de la vie sociale.

§ 1. — Obligations tenant à l'utilisation des informations.

442. — Deux sortes sont clairement affirmées dans les textes : l'obligation de discrétion (art. L. 149) et l'obligation de déposer ou de mettre sous forme nominative les actions des dirigeants initiés et de leurs proches (art. L. 162-1).

I. — L'obligation de discrétion (art. L. 149).

443. — C'est par amendement que le législateur de 1966 a inséré dans la loi sur les sociétés commerciales une disposition obligeant les membres du directoire et les membres du conseil de surveillance à la discrétion à l'égard de certaines informations. Il s'agissait de les mettre dans la même situation que les membres du comité d'entreprise (art .L. 432-5 C. Trav.).

Ce texte ne semble pourtant pas très opportun.

D'abord, il n'édicte pas de sanction particulière, ni pénale (on a voulu faire la distinction avec le secret professionnel, art. 378 C. Pén.) (1) ni civile. On ne peut qu'en déduire que la violation de l'obligation de discrétion constitue une faute, c'est-à-dire qu'elle peut donner lieu à responsabilité. Fallait-il un texte particulier pour le dire ? Ce n'est pas évident, même si, en théorie cela peut motiver la révocation sans indemnité du membre du directoire coupable, alors même que le préjudice subi par la société est difficile à cerner.

Ensuite, les critères choisis sont d'une mise en œuvre difficile. Un premier critère se présente sous une forme objective : les informations présentant un caractère confidentiel. S'il est possible d'entrevoir des informations qui ne sont sûrement pas confidentielles (celles qui font l'objet d'une publicité obligatoire), il est difficile d'aller plus loin *in abstracto*. Le caractère confidentiel dépendra des circonstances, des intérêts en jeu, des personnes concernées, du juge (2).

L'incertitude disparaît-elle avec l'adjonction d'un second critère, apparemment sujectif ? « Que les informations soient données comme confidentielles par le président (du directoire ou du conseil de surveillance). En principe, on sait ce qui est et ce qui n'est pas confidentiel. Mais pourquoi investir seulement le président de ce pouvoir ? Cela s'explique bien au sein du conseil de surveillance, car le président y est une sorte de meneur de jeu (mais s'agit-il du président en titre ou du président de séance, dans l'article L. 149 ?). Plus mal pour le directoire, où la collégialité et la répartition des tâches rendent chacun des membres à même d'estimer la nécessité de discrétion sur les informations qu'il véhicule. Mais d'autres ruptures de collégialité existent en droit français...

Le plus critiquable, enfin, réside dans le cumul des deux critères. La conjonction « ou » aurait été préférable à la conjonction « et ». En effet, si le président oublie de mettre l'accent sur le caractère confidentiel de telle ou telle donnée, elle ne tombe plus sous le coup de l'obligation de discrétion pour les autres membres ! Et l'on peut estimer qu'alors seul le président est fautif. Cette interprétation de l'article L. 149 montre que ce texte se situe en retrait par rapport au droit commun, puisque le véritable coupable ne peut toujours être poursuivi.

II. — Obligations pesant sur les actionnaires « initiés » (art. L. 162-1).

444. — Les membres du directoire (3), les membres du conseil de surveillance (3) et les représentants permanents (3) des personnes morales siégeant à ce

(1) Cf. Crim. 5 févr. 1970, *Rev. Soc.* 1970, 656, n. B. Bouloc; *D.* 1970, 249; *J.C.P.* 1970, II, 16311; *Rev. Trim. Dr. Com.* 1970, 429, obs. R. Houin.

(2) Ainsi, ne viole pas l'article L. 149 le membre du directoire auquel la société reproche d'avoir porté des appréciations péjoratives et inexactes sur la marche et la situation de la société. Paris, 4e Ch., 13 mars 1975, *Droit des Sociétés*, mai 1975, n° 79.

(3) Et les conjoints de ces personnes. Il leur est également interdit de détenir des actions sous droit de vote à dividende prioritaire (art. L. 269-6 et 467-2, réd. Loi n° 78-741 du 13 juil. 1978).

conseil sont réputés « initiés » (4); détenant avant le public des informations sur la marche de la société, ils pourraient être tentés de s'en servir pour faire d'intéressants bénéfices sur le marché boursier. Aussi les oblige-t-on à mettre les actions qu'ils détiennent (en plus des actions d'*affectio societatis* pour les membres du conseil) sous forme nominative, ou à les déposer en banque (5), pour permettre à la Commission des Opérations de Bourse de surveiller leurs ordres (6).

Il s'agit des actions émises par la société ou ses filiales, ou par la société-mère et ses autres filiales, lorsqu'elles sont admises à la cote officielle des bourses de valeur ou au relevé quotidien des valeurs non admises à la cote (7).

L'article L. 162-1 est sanctionné pénalement, par l'article L. 485-1, auquel s'ajoutent les délits prévus par l'ordonnance n° 67-833 du 28 septembre 1967 (modifiée par la loi n° 70-1208 du 23 déc. 1970) (8).

Mais on peut s'interroger sur la sanction civile de l'article L. 162-1, dont la tournure impérative n'est pas niable. Il n'est pas possible d'enfaire une condition d'appartenance : l'accès au directoire ou au conseil de surveillance n'en dépend pas, et la démission d'office ne peut résulter que d'une formule expresse. Force est donc une nouvelle fois de se contenter de la faute et de la responsabilité, avec la même retenue qu'à propos de l'article L. 149 puisque le préjudice est pratiquement impossible à établir, du moins tant qu'il n'y a pas eu d'opérations boursières réprimées.

§ 2. — Obligations tenant aux conventions passées entre la société et les membres de son directoire ou de son conseil de surveillance.

445. — Certaines conventions sont interdites aux membres du directoire et aux membres du conseil de surveillance (art. L. 148). D'autres doivent être autorisées (art. L. 143 et s.) (9). Les textes en la matière sont les mêmes *mutatis mutandis*, que pour le conseil d'administration (art. L. 106 et L. 101 et s.).

Rappelons simplement ici que les conventions interdites sont les emprunts, les découverts (en compte courant ou autrement; l'ouverture de crédit est-elle visée ?), la caution ou l'aval. L'interdiction est nuancée pour les établissements bancaires; elle s'applique aux représentants permanents des personnes morales, mais non aux personnes morales membres du conseil. Il est prévu que l'interdiction s'applique aux personnes interposées, la preuve de l'interposition n'étant pas nécessaire pour les conjoints, ascendants et descendants des membres concernés.

(4) Ph. Le Tourneau, Les actions des dirigeants initiés des sociétés par actions, *Rev. Trim. Dr. Com.* 1971, 593.

(5) V. art. D. 153-1 et 153-2.

(6) Ch. Gavalda, Droits et devoirs des initiés dans les sociétés par actions. Un exemple de collaboration entre la C.O.B. et la justice pénale, *Rev. Soc.* 1976, 589.

(7) V. circulaire C.O.B. dans la com. A.N.S.A., n° 1397, nov. 1968.

(8) Spé. art. 10-1 et 10; v. H. Solus, La répression des opérations boursières illicites menées par des personnes disposant d'informations privilégiées et l'accroissement des pouvoirs de la commission des opérations de Bourse (loi 23 déc. 1970), *J.C.P.* 1971, I, 2375; A. Canac, La surveillance des opérations d'initiés et le marché boursier, *Gaz. Pal.* 1971, 1, Doctr. 181; M. Delmas-Marty, Le « délit des initiés » va-t-il changer la Bourse ? Bilan après un an d'application judiciaire de l'art. 10-1, al. 1er, de l'ord. du 28 sept. 1967, *D.* 1977, Chron. 91; Y. Dousset, L'ébauche de la jurisprudence en matière d'usage d'informations privilégiées sur le marché boursier, *Gaz. Pal.* 13-15 mars 1977; *Cahier de Droit de l'Entreprise*, n° 3, 1978. Comp., en droit anglais, A. Tunc, La réforme du droit des sociétés anonymes en Grande-Bretagne, *Rev. Soc.* 1977, 195, nos 16 et s.

(9) Sur l'ensemble, v. I. Balensi, *Les conventions entre les sociétés commerciales et leurs dirigeants*, préf. J. Hémard, Paris, 1975.

Les conventions qui doivent être autorisées sont définies par les articles L. 143 et suivants comme dans les articles L. 101 et suivants. Le membre intéressé doit en informer le conseil de surveillance dès qui'l a connaissance de la convention (art. L. 145). S'il siège au conseil, il ne prend pas part au vote.

Les sanctions de ces obligations (déclaration et autorisation) peuvent être très lourdes pour l'intéressé : il peut être chargé des conséquences, préjudiciables à la société, des conventions désapprouvées par l'assemblée générale. Il est à noter qu'alors une responsabilité collective peut être encourue par les membres du directoire, mais non par les membres du conseil (art. L. 146, comp. art. L. 104). Cela n'est pas très logique si le conseil de surveillance a lui-même autorisé la convention. Mais cette différence d'appréciation entre l'assemblée et le conseil ne risque pas de se produire très souvent. De plus, il est normal d'accentuer la responsabilité du directoire, organe de gestion qui passe le contrat au nom de la société.

En outre, le membre concerné peut subir l'annulation de la convention, si elle a eu des conséquences dommageables pour la société (art. L. 147, cf. art. L. 105). Mais le texte réserve le cas où l'assemblée générale décide de couvrir la nullité au vu du rapport des commissaires aux comptes « exposant les circonstances en raison desquelles la procédure d'autorisation n'a pas été suivie » (art. L. 147, al. 3; cf. art. L. 105, al. 3). L'intervention des commissaires aux comptes est ici pleinement justifiée, peut-être plus qu'au niveau de la procédure d'approbation, comme d'éminents auteurs l'ont fait valoir (10).

§ 3. — Obligation de signer les déclarations de conformité.

446. — Des déclarations de conformité doivent être établies lors de la constitution de la société, en vue de l'immatriculation au registre du commerce (art. L. 6, al. 1er) et lors des modifications de statuts (art. L. 6, al. 3). Elles doivent être signées non par le directoire et le conseil de surveillance envisagés *in globo* à travers leurs représentants, mais par chacun des membres de ces organes (11) (art. L. 6, D. 69, D. 75 et D. 119).

Cette règle particulière peut s'expliquer de diverses façons. Est-ce parce que l'action de signer ne peut avoir pour sujet qu'une personnes physique ? Ou bien parce que les organes ne fonctionnent pas encore en tant que tels ? Mais les modifications de statuts interviennent au cours de la vie sociale, alors que les organes fonctionnent depuis un certain temps.

Il s'agit en réalité d'engager tous les membres, tant du conseil que du directoire, sans restriction. Cela laisse entendre que dans d'autres cas ils peuvent s'exonérer de la responsabilité encourue collégialement. Mais ici, ils ne peuvent refuser de signer, dès l'instant que la décision qui fait l'objet de la déclaration de conformité a été régulièrement prise par les organes compétents de la société.

S'ils refusent de signer, leur responsabilité peut être mise en jeu et la menace d'une révocation sans indemnité planera sur les membres du directoire. Mais, ici, on pourrait aussi ordonner la signature sous astreinte : il ne s'agit pas d'obliger à contracter, mais de faire exécuter une obligation incombant aux dirigeants sociaux dans l'exercice habituel de leurs fonctions.

(10) Hémard, Terré et Mabilat, t. I, n° 1152, p. 1009.
(11) Rép. Min. Just. à M. Boisdé, *J.O.*, Déb. Ass. Nat., 4 nov. 1967, p. 4467.

L'aspect formel de la règle ne devrait pas empêcher qu'un membre puisse signer pour un autre qui lui a donné mandat exprès pour ce faire (12).

Appendice à la section 1.

447. — Le projet n° 2510 envisage d'obliger les membres du directoire non majoritaires qui ont perçu une certaine rémunération, à acquérir des actions de la société. Mais cette disposition est limitée aux sociétés dont les titres sont cotés en Bourse, et les barèmes de rémunérations semblent très élevés (13).

Section 2. — **Responsabilité civile.**

448. — Contrairement au droit allemand, le droit français ne fait pas peser les mêmes responsabilités sur les membres du directoire et sur les membres du conseil de surveillance. On est encore très loin d'une responsabilité solidaire entre les membres des deux organes, telle que l'envisage la commission C.E.E. Au contraire, et c'est une des originalités notables de la formule française à directoire, on considère, *a priori* logiquement, que le contrôle n'entraîne pas les mêmes devoirs que la direction, et l'on a établi un système particulier de responsabilité pour les membres du conseil de surveillance.

§ 1. — **Responsabilité civile des membres du directoire.**

449. — En principe, la responsabilité des membres du directoire est la même que celle des administrateurs (14), aussi bien dans la constitution de la société (art. L. 7, L. 242) qu'au cours de son fonctionnement (l'art. L. 249 l'exprime clairement et renvoie aux art. L. 242 à L. 248), ou lorsque la société fait l'objet d'une procédure collective de recouvrement des créances (15) (l'art. L. 249, al. 2, fait double emploi, à ce sujet ,avec l'art. L. 248 pour renvoyer aux art. 99 et s. de la loi du 13 juil. 1967).

L'identité se poursuit au niveau des actions en responsabilité (action individuelle, action sociale, action en comblement, art. L. 244 à 247, art. 99 de

(12) MERCADAL et JANIN, n° 275.

(13) V. projet n° 2510, p. 10.

(14) V. RIPERT et ROBLOT, t. I, n°s 1319 et s.; HÉMARD, TERRÉ et MABILAT, t. II, n°s 1319 et s.; HÉMARD, TERRÉ et MABILAT, t. n°s 1160 et s., p. 922 et s.; Y. GUYON, *J.-Cl. Sociétés*, fasc. 132; R. PLAISANT et P. DELAISI, *Encycl. Dalloz, Sociétés*, v° *Administrateurs*, n°s 150 et s.; J.-P. BERDAH, *Fonctions et responsabilités des dirigeants de sociétés par actions*, B.D.C., t. 27, B. PIÉDELIÈVRE, *Situation juridique et responsabilité des dirigeants des sociétés anonymes après la loi du 24 juillet* 1966, Dunod, 1967.

Avant 1966, v. J. HAMEL, La responsabilité individuelle ou solidaire des membres du conseil d'administration dans les sociétés anonymes, *Rev. Soc.* 1923, 132; D. VEAUX, La renaissance de la responsabilité dans les sociétés commerciales, th. Rennes, 1947; A. TUNC, La responsabilité civile des organes de société et les règles générales de la responsabilité civile en droit français, *Assoc. H. Capitant*, 1963, t. XV; ESCARRA et RAULT, t. IV, n°s 1566 et s.

(15) V. J.-F. ARTZ, L'extension du règlement judiciaire et de la liquidation des biens aux dirigeants sociaux, *Rev. Trim. Dr. Com.* 1975, p. 1.

la loi du 13 juil. 1967), y compris en ce qui concerne la compétence alors même que les membres du directoire ne sont pas actionnaires (16).

Sans reprendre ici le détail de tous ces mécanismes, il y a lieu de s'attacher à définir les nuances inévitables qui séparent dans ce domaine membres du directoire et administrateurs. Ces nuances tiennent à la nature du directoire, organe fortement collégial lorsque ses fonctions ne sont pas exercées par un directeur général unique (qui répond seul de la gestion). Sommes-nous nécessairement en présence, comme on l'a affirmé (17), d'une responsabilité solidaire ?

450. — Des raisons peuvent parfois en faire douter.

En premier lieu, l'égalité entre les membres du directoire n'est pas absolue et tous les actes des membres du directoire en tant que tels ne sont pas forcément collégiaux. Le président représente la société, seul ou en compagnie de directeurs généraux (sans que la loi dise s'il y a alors représentation collégiale de la société). De plus, il peut exister une certaine répartition des tâches (art. D. 99).

Mais le président et les directeurs généraux ne font qu'exécuter les décisions du directoire tout entier, et la répartition des tâches ne doit pas faire disparaître la collégialité.

Malgré ces principes, on aperçoit un domaine où la faute personnelle d'un membre n'est aucunement imputable aux autres, dans la mesure où ils n'ont pu l'empêcher : si le représentant social trahit l'organe dont il est censé exécuter les décisions, si le membre spécialisé dans une tâche commet une faute cantonnée précisément dans ce domaine.

Certes, l'imputabilité directe de la faute n'est pas le seul moyen d'atteindre les responsables aux sens juridique. Et ici, si l'on ne peut reprocher aux autres membres une *culpa in eligendo* (c'est le conseil de surveillance qui choisit les représentants sociaux), on peut critiquer la répartition des tâches qu'ils ont décidée avec l'autorisation du conseil; et, surtout, on avancera que l'appartenance au directoire implique ces risques. Mais cet argument n'est pas inattaquable.

En second lieu, en effet, on doit réserver l'hypothèse où le directoire prend ses décisions non à l'unanimité, mais à la majorité. La lourdeur de ce système risque de le rendre rare, mais il est possible.

Va-t-on rendre un membre du directoire responsable d'un acte qu'il a expressément désapprouvé ? Ou exiger qu'il démissionne pour se soustraire aux conséquences dommageables d'un tel acte ?

Dans une espèce où les conditions de décision du directoire ne sont pas révélées, la Cour de Rennes (18) laisse planer l'incertitude. Elle affirme que les membres du directoire sont coresponsables, « l'acceptation d'une fonction impliquant celle de la responsabilité des échecs ». Puis elle constate que le membre concerné « n'allègue pas s'être désolidarisé de ses codirecteurs » ni « avoir proposé des solutions qu'ils auraient écartées », et elle ajoute qu'il « lui appartenait d'offrir sa démission s'il se sentait incapable, soit personnellement, soit dans le triumvirat d'arrêter la chute, soit de proposer le dépôt du bilan s'il estimait que personne ne pouvait faire mieux qu'eux ».

(16) V. HÉMARD, TERRÉ et MABILAT, t. II, n° 1205, p. 960 (ces auteurs infèrent cette solution d'un arrêt rendu à propos d'un gérant de S.A.R.L. : Com. 7 avril 1967, *D.* 1968, 61, n. CALAIS-AULOY; *Rev. Trim. Dr. Com.* 1968, 319, obs. BOITARD. Comp. art. 48 C. Pr. Civ. nouveau).

(17) J. J. BURST, note sous Rennes 28 mars 1973, *Rev. Soc.* 1974, p. 714.

(18) Rennes 28 mars 1973, *J.C.P.* 1974, II, 17743, n. H. M. SYNVET; *J. Soc.* 1974, p. 167, n° 8171; *Rev. Soc.* 1974, 708; n. J.-J. BURST, *Rev. Trim. Dr. Com.* 1974, 298, obs. R. HOUIN.

Il y a donc deux possibilités : soit la responsabilité découle de plein droit de l'appartenance au directoire, soit on peut s'en exonérer en s'opposant à la décision fautive.

451. — Les textes relatifs à la responsabilité laissent au juge le choix entre la responsabilité individuelle ou solidaire (art. L. 244), précisant même que « si plusieurs administrateurs ont coopéré aux mêmes faits, le tribunal détermine la part contributive de chacun dans la réparation du dommage ». La responsabilité peut donc être moduiée suivant la collégialité applicable à l'acte générateur.

Si la collégialité est en principe totale au directoire (et elle implique alors, effectivement, une responsabilité solidaire de principe), il faut réserver le cas où la volonté sociale l'atténue, par exemple en déterminant des conditions de majorité pour les décisions du directoire par une clause de statuts (art. L. 124, *in fine*), et le cas où l'un des membres a frauduleusement utilisé la collégialité pour se couvrir en partageant les risques avec les autres membres.

On peut ainsi profiter des facultés ouvertes par la loi à propos des administrateurs : comme l'article L.244, l'article L. 99 de la loi du 13 juillet 1967 confère au tribunal le pouvoir de décider par qui le comblement sera supporté, et avec ou sans solidarité. De même dans l'article L. 146, al. 2.

La solution est peut-être différente dans l'article L. 242 (responsabilité de l'annulation). La tournure facultative employée ne porte pas nécessairement sur la solidarité, mais sur les personnes responsables, laissant entendre que ceux dont la faute n'est pas établie ne sont pas responsables (19). Mais il est sûr, de toute manière, que les administrateurs (et donc les membres du directoire) ont la possibilité de voir dégager leur responsabilité en cas d'annulation de la société.

Ce ne sera pas le cas lors de l'application de l'article L. 7, puisque la faute est présumée du seul fait d'avoir signé la déclaration de conformité. La responsabilité solidaire frappe ici tous les membres du directoire (avec les fondateurs et les membres du conseil de surveillance) sans possibilité d'exonération.

Même lorsque le juge se trouve dans le cas d'évaluer si chacun des membres du directoire est ou non fautif, il est bien évident que l'exonération sera rare. Mais les membres du directoire peuvent ne pas avoir l'assise nécessaire pour faire face à leur responsabilité. Voilà tout l'intérêt d'atteindre les membres du conseil de surveillance.

§ 2. — Responsabilité civile des membres du conseil de surveillance.

452. — Les membres du conseil de surveillance ne bénéficient pas, à l'instar des membres du directoire, d'une construction juridique éprouvée par le temps : leur responsabilité est soumise à un régime particulier, car le contrôle implique une responsabilité différente de celle qui découle de la gestion.

La différence commence, en partie, lors de la constitution de la société. Si les membres du conseil de surveillance sont responsables solidairement avec ceux du directoire et les fondateurs dans les conditions prévues à l'article L. 7 (applicable aussi en cours de vie sociale lors des modifications de statuts), ils ne sont pas concernés par l'article L. 242, relatif à la responsabilité en cas d'annulation de la société.

(19) RIPERT et ROBLOT, t. I, n° 1137, p. 587; J.-P. BERDAH, th. citée, p. 232, n° 178.

La différence se poursuit en cours de vie sociale, que la société ait ou non des défaillances.

I. — Responsabilité des membres du conseil de surveillance sans défaillance de la société.

453. — L'article L. 250, énonçant des formules relativement originales dans le contexte de la loi de 1966, pose le principe selon lequel « les membres du conseil de surveillance sont responsables des fautes personnelles commises dans l'exécution de leur mandat ». Etudions les personnes responsables, les causes de responsabilité et les actions en responsabilité, tous points où s'affirme l'originalité du conseil de surveillance.

A. — Les personnes responsables.

454. — Ce sont les membres du conseil régulièrement nommés et dont la nomination a été régulièrement publiée, sauf le jeu du système d'inopposabilité favorable aux tiers découlant de l'article L. 8.

Parmi ces membres, il existe un président et un vice-président dont le rôle particulier peut donner lieu à des fautes particulières (convoquer les débats, les diriger), qui ne font que s'ajouter aux autres causes de responsabilité communes à tous les membres du conseil.

Les représentants permanents sont solidairement responsables avec la personne morale qu'ils représentent (art. L. 135).

Les salariés membres du conseil à part entière (art. L. 142, al. 2) sont responsables au même titre que leurs collègues non salariés. Mais si la cosurveillance voit le jour, un délicat problème se posera, dans la mesure où les représentants de l'ensemble des salariés n'entendent pas supporter de telles responsabilités, pourtant moins lourdes qu'au conseil d'administration. Cet aspect risque de rendre encore moins attirantes les fonctions de représentant des salariés au conseil de surveillance. Pourtant, ceux qui y siègent à l'heure présente sont déjà responsables en raison des informations qu'ils détiennent (art. L. 149, art. L. 432-5 C. Trav.).

Les membres du conseil de surveillance ne sont pas en principe responsables les uns des autres. L'article L. 250 parle de fautes personnelles, ce qui exclut la responsabilité solidaire. Ce principe s'accorde-t-il avec la collégialité du conseil de surveillance ?

Le formalisme des réunions et des décisions semble permettre de rechercher les auteurs véritables de tel acte fautif. Mais cela suffit-il ? La majorité qui a décidé commet elle-même une faute commune. Et, lorsque les choses sont moins claires (lors d'une négligence, par exemple), c'est tout le conseil qui est impliqué. Autant il est anormal de faire peser sur les membres du directoire une responsabilité solidaire *de plano*, autant il semble rigide d'exiger l'établissement d'une faute personnelle de chaque membre du conseil. Une solution plus claire consisterait à accepter la faute commune, génératrice en l'absence de texte exprès, d'une obligation *in solidum* de réparation (20). Cela pourrait même être déduit de la définition des pouvoirs, qui appartiennent au conseil, et non à ses membres (21).

(20) Ripert et Roblot, t. I, n° 1330; Hémard, Terré et Mabilat, t. I, n° 1253; comp. B. Piédelièvre, *Gaz. Pal.* 1968, 1, Doctr. 94; Mercadal et Janin, n° 686.
(21) V. *supra*, n° 100.

B. — Les causes de responsabilité.

455. — Elles sont définies positivement et négativement par l'article L. 250 : les membres du conseil de surveillance sont responsables de leur mandat, mais non de la gestion du directoire.

Le mandat des membres du conseil de surveillance peut être plus ou moins étendu. Il comprend des fonctions de contrôle, d'autorisation et de décision, définies par la loi, les dispositions réglementaires et les statuts, ce qui nous rapproche de l'article L. 244.

Il peut être difficile de distinguer dans les faits le contrôle et la gestion contrôlée. Le plus souvent, il n'y aura de faute de contrôle que lorsque la gestion aura elle-même été fautive. En outre, lorsque le conseil autorise un acte du directoire, ne peut-on dire qu'il se rend responsable de la gestion ? Pareille confusion tendrait à réduire la séparation des pouvoirs qui fonde le régime particulier de l'article L. 250. Même lorsqu'il est autorisé par le conseil, aucun actee n'est obligatoire pour le directoire, qui a sollicité l'autorisation et qui prend les risques de l'opération. Le conseil ne répond que dans la limite de son mandat, c'est-à-dire l'autorisation et non l'action (22).

Pareillement, le directoire continue de courir les risques de la gestion proprement dite lorsque l'assemblée générale elle-même autorise l'opération, au rebours du conseil de surveillance (mais celui-ci pourrait se voir reprocher un refus injustifié). Toutefois, il est raisonnable d'estimer que les risques de gestion et les risques de surveillance concourent dans ces hypothèses, les premiers étant allégés par l'existence des seconds.

Cependant, s'il est hautement souhaitable de distinguer la responsabilité des membres du conseil de surveillance de celle des membres du directoire, on ne saurait s'orienter non plus dans le sens d'une trop grande clémence envers l'organe de contrôle. Spécialement, lorsque celui-ci néglige de remplacer un directeur général unique démissionnaire, et qu'il accepte de voir se perpétuer une situation déficitaire sans issue, on comprendrait mal que les juges n'appliquent pas l'article L. 250 pour sanctionner les membres du conseil (22 *bis*).

456. — Exceptionnellement, les membres du conseil de surveillance sont rendus civilement responsables de la gestion du directoire, lorsqu'elle constitue un délit que les membres du conseil, le connaissant, n'ont pas révélé à l'assemblée générale. Il ne s'agit pas d'un défaut de surveillance (l'art. L. 250 précise bien « en ayant eu connaissance »), mais d'une mauvaise exécution de l'obligation de rendre compte, à laquelle la loi attache des conséquences particulièrement lourdes pour les intéressés; ils seront d'ailleurs souvent responsables d'un défaut de surveillance s'ils prétendent ne pas avoir eu connaissance du délit (ce mot s'entend ici dans son acception pénale; il exclut crimes et contraventions).

Si les membres du conseil de surveillance agissent en dehors de leur mandat, s'ils s'immiscent dans la gestion, on ne peut pour autant leur faire supporter le poids de l'article L. 244, qui ne vise pas les dirigeants de fait. Mais le juge peut estimer sévèrement cette faute dans l'exercice du mandat pour aboutir à des

(22) Comp. J.-J. Caussain, le directoire et le conseil de surveillance dans la nouvelle société anonyme, th. Paris, 1968, p. 290.

(22 *bis*) Mais la Cour de Paris (8 juil. 1975, *Gaz. Pal.* 28-29 janv. 1976, n. A. Solal; *Rev. Soc.* 1976, 114, n. crit. J.G.; J. Guyenot, La responsabilité civile des membres du conseil de surveillance des sociétés anonymes : *Petites Affiches*, 1976, nos 83 à 86; M. Gallimard, La responsabilité civile des membres du conseil de surveillance en cas de liquidation des biens de la société, *Gaz. Pal.* 25-27 avril 1976) n'avait pas à se prononcer sur l'application de l'art. L. 250 (R. Houin, obs. *Rev. Trim. Dr. Com.* 1976, 553).

réparations presque équivalentes, excepté la solidarité avec les dirigeants de droit.

C. — Les actions en responsabilité.

457. — L'article L. 250 pose un problème par un renvoi insuffisant aux seuls articles L. 246 et L. 247 (23). Est-ce à dire que l'action sociale, exercée *ut singuli* ou par un groupe d'actionnaires n'est pas possible à l'égard des membres du conseil de surveillance ?

L'exercice *ut singuli* de l'action sociale est utile lorsque les organes représentant normalement la société n'exercent pas eux-mêmes l'action. Or ce n'est pas le conseil de surveillance qui est inactif dans ce cas, mais le directoire; il est vrai que ce dernier est débiteur du conseil au moins pour sa nomination, et que les intérêts des deux organes peuvent se conjuguer à l'encontre d'un ou plusieurs actionnaires.

On ne reprochera donc pas (24) à l'article D. 200 de combler la lacune légale en accordant à des actionnaires représentant le vingtième du capital social, la possibilité de « soutenir l'action sociale contre (...) les membres du conseil de surveillance ». La logique voudrait qu'un actionnaire isolé détenant moins de 5 % du capital ne puisse recueillir cette faveur, mais l'interprétation du texte serait par trop étroite si l'on en refusait le bénéfice à un actionnaire propriétaire à lui seul d'une fraction plus importante.

Restent encore établies l'action sociale exercée par le directoire et l'action individuelle par tout intéressé qui subit un préjudice personnel. Mais il est bien des cas où des fautes du conseil ne causeront pas directement un préjudice possible à établir, et bien d'autres cas où le préjudice subi ne découlera pas clairement d'une faute d'un membre du conseil de surveillance.

II. — Responsabilité des membres du conseil de surveillance en cas de défaillance de la société.

458. — La distinction essentielle entre la direction et le contrôle conduit là aussi à ne pas ménager le même sort aux membres du directoire et aux membres du conseil de surveillance. La majorité de la doctrine (25) le reconnaît en estimant que ces derniers ne sont pas des dirigeants de droit au sens de l'article 99 de la loi du 13 juillet 1967. La jurisprudence récente confirme ce point de vue. La Cour de Paris (25 *bis*) l'affirme expressément, puis elle écarte un — faible — argument de texte fondé sur le renvoi général de l'article L. 150. Nul doute en effet que ce texte ne s'applique à la société à directoire, mais seulement dans les termes de la loi du 13 juillet 1967. Quant à la Chambre Commerciale de la Cour de Cassation (26), elle distingue clairement entre la situation des membres du directoire (et particulièrement de leur président), et

(23) Ripert et Roblot, t. I, n° 1330; B. Piédelièvre, *Gaz. Pal.*, préc. n° 96.
(24) Ripert et Roblot, t. I, n° 1374; comp. Hémard, Terré et Mabilat, t. II, n° 1258, p. 996.
(25) R. Houin, *Rép. Dalloz*, Sociétés, v° *Faillite, règlement judiciaire, liquidation des biens*, n° 422; Argenson et Toujas, n° 36, p. 53; Mercadal et Janin, n° 1688; J.-L. Rives-Lange, La notion de dirigeant de fait au sens de l'article 99 de la loi du 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire, et la liquidation des biens, *D.* 1975, Chron. 42, n° 8. Comp. Hémard, Terré et Mabilat, t. II, n° 1257, p. 995. *Contra :* M. Galimard, art. préc. n. 22 *bis*.
(25 *bis*) Paris, 3e Ch., 8 juil. 1975, préc.
(26) Com. 9 mai 1978, *D.* 1978, 419, n. M. Vasseur.

celle des membres du conseil de surveillance : les premiers ne peuvent échapper au comblement du passif qu'en établissant leur diligence, alors que les seconds ne seront condamnés, sur le fondement des articles L. 250 et 1382 du Code civil, que si l'on prouve une faute dans l'exercice de leur mission.

Toutefois, s'ils ne sont pas dirigeants de droit, les membres du conseil de surveillance peuvent se comporter comme des dirigeants de fait et tomber ainsi sous le coup de l'article 99 de la loi du 13 juillet 1967 (et encourir faillite, déchéance et interdiction).

La preuve de cette qualité résultera d'un comportement positif d'immixtion. La totale inertie n'est en effet sanctionnable que par l'article L. 250. Il faut donc que les membres du conseil aient habituellement agi à la place du directoire et de son précident, ou que l'économie des rapports entre les deux organes fasse ressortir une excessive prépondérance du conseil.

A ce point de vue, il nous paraît exagéré de faire dériver systématiquement le comblement de l'exercice par le conseil de ses pouvoirs d'autorisation (27).

Ces prérogatives font partie des attributions normales lorsqu'elles portent sur un nombre limité d'opérations choisies pour leur importance dans la politique globale de la société (28). Au juge de déterminer quand le conseil outrepasse ses pouvoirs, ce qui n'est pas forcément lisible dans les statuts. Et, de toute manière, ce raisonnement n'aboutit pas à l'irresponsabilité des membres du conseil de surveillance, qui restent comptables des conséquences des fautes qu'ils ont commises dans l'exercice de leur mandat : l'autorisation statutaire fait partie de ce mandat. Ce que la masse des créanciers ne réussira pas à obtenir par la voie de l'article 99 de la loi du 13 juillet 1967, elle peut l'atteindre en utilisant la responsabilité de l'article L. 250. Certes, dans la seconde voie, la liberté du juge semble moins grande. Mais la preuve de la qualité de dirigeant de fait n'est pas nécessaire. Il faudra seulement établir la part active et fautive que le conseil de surveillance a eue, dans l'exercice de son mandat, et qui constitue une situation préjudiciable.

Section 3. — **Sanctions personnelles.**

459. — Certaines sont de nature commerciale et frappent les dirigeants fautifs dont la société a fait de mauvaises affaires. D'autres sont pénales et répriment des agissements qui correspondent souvent à une mauvaise application des règles du droit des sociétés.

§ 1. — **Sanctions commerciales.**

460. — La loi du 13 juillet 1967 met à la disposition du juge une panoplie assez complète de sanctions (29) : extension du règlement judiciaire ou de la liquidation des biens au dirigeant qui a commis certaines fautes (30) (art. 101); faillite personnelle (art. 106, 108, 109); « interdiction de diriger, gérer, administrer ou contrôler soit toute entreprise commerciale, soit seulement une per-

(27) V. obs. R. Houin, *Rev. Trim. Dr. Com.*, 1976, 553, préc. Comp. J.-J. Caussain, *J.-Cl.* Sociétés, fasc. 133-D., n° 57; Hémard, Terré et Mabilat, t. II, n° 1257, p. 996.
(28) Comp. M. Galimard, art. préc., n° 12.
(29) V. R. Houin, *Rép. Dalloz*, cité; Argenson et Toujas, n°s 1420 et s.
(30) V. J.-F. Artz, art. préc.

sonne morale » (art. 108 et 109), cette sanction découlant d'ailleurs de la faillite personnelle (art. 105) qui entraîne aussi les déchéances du décret-loi du 8 août 1935 (art. 10 et s.); incapacité d'exercer une fonction élective (art. 110 de la loi du 13 juil. 1967); incessibilité des actions détenues par « les dirigeants de droit ou de fait, apparents ou occultes, rémunérés ou non », sauf autorisation du juge commissaire (31).

Ces deux dernières sanctions découlent de plein droit du règlement judiciaire ou de la liquidation des biens de la personne morale. D'autres sont prononcées nécessairement à la suite de certains faits (la faillite personnelle de l'art. 106). D'autres sont laissées à l'application du Tribunal (art. 101, 108, 109).

Enfin, la faillite personnelle ou l'interdiction entraînent elles-mêmes la privation du droit de vote dans la société concernée et éventuellement la cession forcée des actions des dirigeants sanctionnés (art. 111) (32), afin d'affecter le produit de la vente au paiement de la part des dettes sociales mise à la charge des dirigeants.

Ces sanctions sont applicables aux membres du directoire, mais non aux membres du conseil de surveillance, à moins qu'ils ne se soient comportés comme des dirigeants occultes (33). On peut regretter que ce biais soit nécessaire pour interdire, aux membres du conseil qui ont mal rempli leur mission de surveillance, d'occuper dans d'autres sociétés des postes similaires. Certains auteurs estiment d'ailleurs qu'il conviendrait d'appliquer la faillite personnelle au président du conseil de surveillance (34).

§ 2. — Sanctions pénales.

461. — En plus des délits de droit commun (spécialement l'escroquerie et l'abus de confiance), de ceux de la législation commerciale (35), économique et sociale (prix illicites, publicité mensongère, délits boursiers, délits relatifs à l'hygiène et à la sécurité du travail, etc.) et des interdictions portées par la loi du 30 août 1947 (36), il existe toute une série d'infractions propres au droit des sociétés (37).

Le titre deuxième de la loi du 24 juillet 1966 leur est consacré, mais tout ce qui concerne les sociétés anonymes (le chapitre II de ce titre) a été rédigé en

(31) V. art. 21, al. 1er, loi du 13 juill. 1967, et art. 40 décret n° 67-1120 du 22 déc. 1967. V. M. CABRILLAC, La vente des parts ou actions imposée au dirigeant social en faillite personnelle, *Et. offertes au professeur A. Jauffret,* p. 163.

(32) Le départ des dirigeants frappés de ces sanctions est d'ailleurs l'une des conditions de l'obtention d'un concordat par la personne morale (art. 72-4° loi du 13 juil. 1967).

(33) V. Paris 8 juil. 1975, préc.; G. BORD, n° 438; R. HOUIN, *Rép. Soc., préc.,* n° 474 (pour l'extension, v. n° 310).

(34) ARGENSON et TOUJAS, t. II, n° 1419, p. 400.

(35) Comme les art. 131 à 133 de la loi du 13 juil. 1967 (délits assimilés à la banqueroute) qui ne frappent que les dirigeants de droit ou de fait; les membres du conseil de surveillance sont donc hors de portée s'ils ne se sont pas immiscés dans la gestion. V. R. HOUIN, *Rép. Soc.,* préc. n° 545; M. DELMAS-MARTY, Les délits financiers commis dans le cadre des sociétés commerciales, *D.* 1978, Chron. 87.

(36) Ces interdictions sont des peines complémentaires qui découlent de plein droit (mais le juge peut maintenant les moduler) de condamnations suffisamment graves pour certains délits comme, entre autres, le recel, l'attentat aux mœurs, l'usure, les infractions aux lois sur les maisons de jeu, etc.

(37) V. LAUNAIS et ACCARIAS, *Droit pénal des sociétés;* TOUFFAIT, ROBIN, AUDUREAU et LACOSTE, *Délits et sanctions dans les sociétés;* F. GOYET, *Droit pénal spécial,* par ROUSSELET, ARPAILLANGE et PATIN; J. LARGUIER, *Droit pénal des affaires;* M. DELMAS-MARTY, *Droit pénal des affaires;* L. CONSTANTIN, *Droit pénal des sociétés par actions;* J.-M. ROBERT, *Rép. Dalloz,* Droit pénal, v° *Sociétés.*

fonction de la structure classique. Le législateur s'est contenté de quelques renvois généraux (38). Les dispositions prévues pour les présidents, directeurs généraux et administrateurs des sociétés anonymes sont ainsi rendues applicables « selon leurs attributions respectives aux membres du directoire et aux membres du conseil de surveillance ».

Cette expression peut prêter à des interprétations différentes (39). On peut estimer par exemple que chaque texte est applicable au directoire *ou* au conseil de surveillance. Mais on peut aussi admettre que certains textes visent les deux organes en même temps; c'est plus logique, puisque la distribution des pouvoirs est radicalement différente dans la société de type nouveau.

Pour les membres du directoire, la situation est assez claire puisque le directoire a pratiquement les mêmes pouvoirs que le président du conseil d'administration (40). Les textes n'offrent pas la possibilité de distinguer entre ceux qui ont le pouvoir de représentation et ceux qui ne l'ont pas.

462. — Le problème est plus délicat pour les membres du conseil de surveillance (41).

S'ils n'ont pas connu l'infraction commise par le directoire, ce qui constitue une faute de surveillance, on ne peut rien leur reprocher sur le plan pénal. S'ils l'ont connue, ils pourront être éventuellement complices, voire coauteurs si le texte pénal leur est applicable selon leurs attributions (ex. : art. L. 452). Recherche difficile, car les textes n'ont pas été conçus pour elle.

Parfois, la compétence du conseil n'a pas d'importance (ex. : art. L. 435, L. 440-1°). Ailleurs, on voit que les tribunaux ont la possibilité d'être plus ou moins sévères (ex. : art. L. 437). En tout cas, peu de textes semblent inapplicables aux membres du conseil de surveillance (art. L. 439, L. 443 à 447), mais peu aussi nous montrent une faute que ces personnes peuvent commettre isolément tout en restant dans leurs attributions (ex. : art. L. 438).

Malgré le flou de la situation, qui devrait normalement bénéficier aux prévenus, la Chambre Criminelle de la Cour de Cassation semble avoir adopté une position de principe relativement sévère en entendant largement les « pouvoirs de contrôle des membres du conseil de surveillance » (42). Mais elle a émis cette opinion dans une décision rendue à propos d'une société de type classique, et son interprétation des articles L. 489 et 484 pourrait évoluer en présence d'un problème touchant réellement des membres du conseil de surveillance.

C'est d'ailleurs ce que laisse prévoir un récent arrêt de la Cour de Paris (42 *bis*). Bien que maladroitement rédigée (42 *ter*), cette décision écarte à

(38) L'art. L. 464 renvoie aux art. L. 437 à 459 et 462 à 463. L'art. 479 renvoie aux art. L. 465 à 477 et 478. L'art. L. 489 renvoie aux art. L. 480 à 485.

(39) Mais un organe agit-il dans le cadre de ses attributions lorsqu'il commet une infraction ?

(40) V. cependant art. L. 438.

(41) V. Touffait et Herzog, Observations sur l'évolution du droit pénal des sociétés, *Rev. Sc. Crim.* 1967, 790.

(42) Crim. 15 mai 1974, *D.* 1976, 226, n. J. Vezian; *Rev. Soc.* 1974, 752, obs. B. Bouloc; *Rev. Trim. Dr. Com.* 1975, 122, obs. R. Houin; J.-H. Robert, Qui répond de l'inobservation des règles de publicité et d'information imposée aux sociétés anonymes ? *D.* 1976, Chron. 171.

(42 *bis*) Paris, 9e Ch., 8 nov. 1976, *J.C.P.* 1977, II, 18745, n. H. Guérin; *Rev. Soc.*, 1978, 98, n. J.H.

(42 *ter*) Il est contestable d'écrire d'un président du directoire qu'il est « investi par la loi des pouvoirs les plus étendus pour agir au nom de la société », et qu'il a « décidé » la hausse non communiquée à l'administration. Ces prérogatives sont celles du directoire tout entier, et non celles du seul président. En outre, mais cette ambiguïté trouve sans doute

juste titre la responsabilité du président du conseil de surveillance dans une infraction commise en matière de contrôle des prix (défaut de dépôt de barèmes en hausse) : le président du conseil n'est, en raison de ses fonctions, ni le préposé, ni le complice du président du directoire. Vérité juridique utile à rétablir, puisqu'en l'occurrence le bénéficiaire de la relaxe (président du conseil de surveillance), était le propre père du condamné (président du directoire, dont la responsabilité ne pouvait faire de doute) : les liens familiaux n'emportent pas dans ce cas une coresponsabilité pénale.

Cependant, le fossé entre les membres des deux organes ne doit pas être creusé trop profondément. C'est ainsi que la répression sera juridiquement possible lorsque l'infraction commise par le directoire est autorisée par le conseil de surveillance (en raison ou non d'une règle légale ou statutaire). Bien que n'ayant pas pris lui-même la décision, le conseil a par son comportement positif, permis la réalisation de l'acte incriminé et accède au rang de coauteur. La faute qu'il a commise dans l'exécution de sa mission, si elle doit demeurer autonome sur le plan civil (v. n°s 455 et 458), peut être assimilée à celle du directoire sur le plan pénal : les termes très vagues des textes de transposition devraient, dans ce cas, jouer contre les membres du conseil de surveillance.

De plus, si ces derniers ont exercé en fait la direction de la société, « directement ou par personne interposée », ils sont punissables comme le directoire lui-même (43) et l'on ne saurait aucunement tabler sur une quelconque irresponsabilité pénale à leur endroit.

Notons que l'article L. 250, relatif à la responsabilité civile ne peut en rien limiter la responsabilité pénale des membres du conseil de surveillance (44). Il ne fait que rendre inéluctable une obligation pécuniaire que les intéressés pourraient autrement éviter lorsqu'ils ne sont ni coauteurs ni complices du délit commis par le directoire. Cette règle n'a d'ailleurs pas pour effet, à notre sens, d'exonérer les membres du directoire eux-mêmes des conséquences civiles de leurs délits pénaux, mais elle garantit aux victimes une indemnisation plus sûre, en sanctionnant la passivité de ceux qui doivent contrôler.

Quant aux effets civils des infractions pénales, celles qui sont commises par le directoire peuvent donner lieu à la fois à la responsabilité des membres du conseil de surveillance (art. L. 250) et à celle des commissaires aux comptes (art. L. 234, al. 2) si, connaissant l'infraction, ils ne l'ont pas dénoncée à l'assemblée générale. On peut regretter que l'article L. 234 se limite aux infractions commises par les membres du directoire, mais il y aurait faute pour les commissaires aux comptes à ne pas révéler les irrégularités qu'ils ont découvertes (art. L. 220-3° et L. 233, al. 1er) et à ne pas signaler au procureur de la République les faits délictueux dont ils ont eu connaissance (art. L. 233, al. 2).

sa source dans l'intitulé de la section III du chapitre consacré par la loi du 24 juillet 1966 aux sociétés par actions (v. *supra*, n° 5), il est équivoque d'affirmer que le président du conseil de surveillance participe à l'administration de la société en contrôlant la gestion du directeur général unique ou du président du directoire (et le directoire lui-même ?). Ces maladresses témoignent du manque d'habitude des juridictions vis-à-vis de la société à directoire, et, à l'inverse, d'une excessive accoutumance au président du conseil d'administration (cf. n° 91).

(43) Art. L. 463 et 478; cette disposition ne semble pas applicable aux infractions des art. L. 480 à 485.

(44) Comp. HÉMARD, TERRÉ et MABILAT, t. II, n° 1263, p. 1000.

CONCLUSION DU TITRE DEUXIEME

463. — Dans l'ensemble, on retrouve bien au niveau des avantages et des risques des fonctions la distinction fondamentale entre les gestionnaires et les contrôleurs. Les premiers, à qui la réalité économique donne généralement l'initiative, peuvent en être récompensés largement, mais ils en supportent profondément les conséquences. Les seconds, qui se contentent en principe d'observer et plus rarement d'autoriser, perçoivent certes moins d'avantages, mais paraissent aussi moins faciles à atteindre.

Cette situation, équitable lorsque la répartition des fonctions est effective, devient dangereuse pour les tiers lorsque le conseil utilise sa position pour diriger la société.

Nous pensons cependant que, malgré une rigueur moins prononcée que le droit allemand ou les projets européens, le droit français met à la disposition du juge un arsenal suffisant pour empêcher la « fuite » des membres du conseil de surveillance. Notamment, l'appréciation de la « faute personnelle commise dans l'exécution de leur mandat » peut aboutir à une prise en compte de toute l'activité des membres du conseil de surveillance. Et les sanctions applicables aux dirigeants de fait ont notablement augmenté ces dernières années.

Cela dit, alors que les avantages sont bien réels, les sanctions risquent de rester théoriques dans de nombreux cas. La situation particulière de dirigeants de société pose au juge pénal des problèmes qu'il a du mal à résoudre en appliquant strictement la loi. C'est peut-être une raison de plus pour les actionnaires puissants de rester au conseil pour « envoyer au front » les « mercenaires » du directoire... A ce point de vue, la responsabilité pénale de la personne morale, actuellement envisagée (45), pourrait constituer un complément utile pour l'efficacité de la répression.

(45) V. Jean ROBERT, L'avant-projet du Code Pénal, *J.C.P.* 1976, I, 2813; J. PRADEL, L'avant-projet de révision du Code Pénal (partie générale), *D.* 1977, Chron. 115; L. LAMBERT, Remarques sur les dispositions générales de l'avant-projet du Code Pénal, *Gaz. Pal.* 8-10 mai 1977; R. MERLE, L'évolution du droit pénal français contemporain, *D.* 1978, Chron. 303 (spé. p. 305).

TITRE TROISIEME

NATURE DES FONCTIONS DES MEMBRES DU DIRECTOIRE ET DES MEMBRES DU CONSEIL DE SURVEILLANCE

464. — La réflexion critique que nous avons menée dans la première partie de cette étude retentit au niveau des situations individuelles : les incertitudes valant pour la société dans son entier s'y retrouvent en effet.

On est conduit notamment à s'interroger sur le point de savoir s'il est exact et s'il est utile de définir *in abstracto* un moule juridique applicable à tous les dirigeants de toutes les sociétés anonymes.

L'observation montre en effet que dans une majorité de sociétés anonymes, *grosso modo* les « petites et moyennes », les rapports entre les actionnaires et les dirigeants s'établissent sur un mode qui est le plus souvent très proche du mandat.

A l'opposé, les sociétés anonymes les plus importantes semblent avoir pour la plupart accompli leur « révolution managérielle », et les explications traditionnelles sont pour elles inadaptées.

En plus de cette différence quantitative, certes insuffisante parce que stylisée, la difficulté de se fier à une référence unitaire vient, plus profondément, de l'instabilité des critères choisis. Instabilité indiscutable, si l'on examine la diversité des réponses fournies par la doctrine à la question de la nature juridique des fonctions des dirigeants de société anonyme.

Certes, on peut discerner encore l'opposition contrat-institution. Mais la variabilité de ces notions et la volonté affichée de les dépasser amène des résultats très divers.

Les partisans de la nature contractuelle des fonctions des dirigeants sociaux continuent d'accepter l'explication traditionnelle du mandat (1).

Les partisans de la nature institutionnelle rejettent ce fondement et proposent des concepts nouveaux (2) (statut, notion professionnelle), mais sans s'accorder toujours sur leur signification.

(1) D. Bastian, *J.-Cl. Sociétés*, fasc. 130-3, n° 4; C. Giverdon, *Encycl. Dalloz*, v° *Mandat commercial*, n° 5; de Juglart et Ippolito, t. II, p. 414 à 416; B. Piedelièvre, *Situation juridique et responsabilité des dirigeants des sociétés anonymes après la loi du 24 juillet* 1966, Dunod, 1967.

(2) V. J.-P. Berdah, *Fonctions et responsabilités des dirigeants des sociétés par actions*, B.D.C., t. 27, n°s 86 et s., p. 104. Rappr. C. Champaud, *Le pouvoir de concentration dans la société par actions*, B.D.C., t. 5, p. 51; J. Paillusseau, *La société anonyme, technique d'organisation de l'entreprise*, B.D.C., t. 18, p. 254. V. aussi J. Burgard, Heurs et malheurs de la société anonyme à directoire (*Rev. Jur. Com.* 1975, p. 279), qui parle de « fonction institutionnelle de nature légale » (p. 285).

Entre et outre ces deux positions, on enregistre l'apparition de nombreuses références, toujours intéressantes, mais certes pas (ou pas encore) triomphantes. On met en avant la notion d' « organe social » (3), de « représentation sociale » qui penche tantôt côté contrat (4), tantôt côté institution (5). On parle d'un « mandat légal » (6) comparable au mandat public, et certains défendent le louage de services (7), qui peut mettre les dirigeants en rapport contractuel avec la société-institution. La prudence, bien justifiée dans ce domaine, pousse enfin certains à opter pour le mandat « sui generis » (8).

465. — Une telle variété ne doit pas étonner. Elle s'explique en effet par la situation de mutation dans laquelle se trouve le droit de la société anonyme. L'occasion existait avec le type nouveau de trancher le débat en faveur d'une option d'avenir. Elle n'a pu être saisie; le législateur s'est borné à faire progresser d'un tout petit pas vers une conception plus professionnelle de la situation des membres du directoire; mais il a repris telles quelles, ou presque, les ambiguïtés de la situation des administrateurs, pour les appliquer aux membres du conseil de surveillance.

Chapitre premier : Nature juridique des fonctions des membres du directoire;

Chapitre deuxième : Nature juridique des fonctions des membres du conseil de surveillance.

(3) V. RIPERT et ROBLOT, t. I, n^{os} 695 et s.; F. DERRIDA, De la nature juridique des sociétés par intérêts depuis la loi du 24 juillet 1966, *Mél. Audinet*, p. 43; HÉMARD, TERRÉ et MABILAT, t. I, n^{os} 967, 992, 1082, 1128; E. DU PONTAVICE, Le cumul d'un contrat de travail avec la qualité d'organe de la société, *J. Not* 1971, art. 50256. Rappr., en matière d'assurances, obs. BERR et GROUTEL, ss. Civ. 1er 14 déc. 1976, *D.* 1977, I.R. 180.

(4) V. P. CIRON, La stabilité des fonctions des dirigeants sociaux dans les sociétés commerciales, th. Bordeaux, 1975. Mais cet auteur déplore l'absence d'un véritable statut et souhaite sa création (p. 331).

(5) C.-J. BERR, *L'exercice du pouvoir dans les sociétés commerciales*, titre préliminaire, B.D.C., *t.* 3.

(6) RIPERT et ROBLOT, t. I, n° 1287; P.-G. GOURLAY, *Le conseil d'administration de la société anonyme*, B.D.C., t. 24, p. 39.

(7) Opinion présentée *de lege ferenda* par M.-J. COFFY, Le recrutement des dirigeants des sociétés anonymes en droit français et en droit allemand, th. Strasbourg, 1972, p. 353.

(8) J.-J. CAUSSAIN, Le directoire et le conseil de surveillance dans la nouvelle société anonyme, th. Paris, 1968, p. 103. Rappr. HÉMARD, TERRÉ et MABILAT, t. I, n^{os} 872, 991, 1072.

CHAPITRE PREMIER

NATURE JURIDIQUE DES FONCTIONS DES MEMBRES DU DIRECTOIRE

466. — Il est facile d'établir que les membres du directoire ne sont pas en tant que tels des salariés de la société (section 1). La réponse est plus délicate pour savoir s'ils sont ou non des mandataires (section 2). Peut-être faut-il admettre que leur situation est divisible, pour une part contractuelle et pour une autre, organique (section 3).

Section 1. — Les membres du directoire ne sont pas en tant que tels salariés de la société.

467. — Le droit allemand distingue la nomination comme membre du Vorstand (Bestellung) et l'engagement (Anstellungsvertrag) (9), qui peut lui être antérieur; sinon, l'engagement et la nomination sont nécessairement simultanés. Le louage de services est la technique juridique française qui se rapproche le plus de l'engagement, et l'on peut dire, pour cette raison, que les membres du Vorstand sont quasiment des salariés de leur société.

L'intention de René Capitant et de M. F. Le Douarec était bien de reprendre cette qualification (10). Mais le Parlement ne les a pas suivis, en particulier le Sénat, qui voyait poindre avec horreur les « technocrates d'entreprise » (11).

Il reste de cette passe d'armes l'article L. 121, al. 2, qui, bien qu'inspiré de la loi allemande (12), consacre la solution inverse : les membres du directoire ne sont pas des salariés de la société, mais ils peuvent cumuler cette qualité avec celle de membre du directoire. Cette distinction est posée à propos de la révocation, ce qui n'est pas un hasard, et il serait illogique d'estimer que l'indemnisation prévue à l'alinéa premier de l'article L. 121 s'apprécie suivant les critères employés en matière de rupture du contrat de travail (13).

Les termes très nets de l'article L. 121 et l'analyse des débats parlementaires (14) montrent bien que le législateur n'a pas entendu admettre non plus

(9) Sur ces notions, v. R. Sinay, *Gaz. Pal.* 1966, 1, Doctr. p. 56, n° 31; M.-J. Coffy, th. préc.; Duroudier et Kulhewein, *La loi allemande sur les sociétés par actions*, Sirey, 1954.

(10) Rapport n° 1368, p. 704, art. 112-2.

(11) *J.O.*, Déb. Sénat, 22 avril 1966, p. 261.

(12) § 84.

(13) Comp. Rennes 28 mars 1973, *J.C.P.* 1974, II, 17743, n. H. M. Synvet; *Rev. Soc.* 1974, 708, n. J. J. Burst et R. Rodière, *Groupements commerciaux*, 8e éd., n° 199, p. 204; B. Piédelièvre, Le directoire et le conseil de surveillance des sociétés anonymes de type nouveau, *Gaz. Pal.* 1968, 1, Doctr. 94.

(14) V. les déclarations du garde des Sceaux, M.-J. Foyer, *J.O.*, Déb. Sénat, 22 avril 1966, p. 254.

la possibilité d'un cumul de deux contrats de travail (15). Cette solution est acquise pour l'ensemble de la doctrine (16), malgré une phrase ambiguë du sénateur Dailly (17), et une certaine assimilation sur les terrains fiscal et social (17 *bis*).

Il est donc clair que les membres du directoire ne sont pas des « professionnels » de la gestion au sens le plus étroit du terme. Mais ils le sont presque nécessairement sur le plan économique, et ils peuvent le devenir, sur le plan juridique, beaucoup plus aisément que les administrateurs. De plus, leur disponibilité et leur stabilité sont plus marquées, ce qui accentue leur allure de spécialistes, de « managers ».

Section 2. — **Les membres du directoire sont-ils des mandataires ?**

468. — Le législateur ayant renoncé aux « directeurs généraux » salariés n'a pas utilisé de qualification de remplacement. Il ne condamne pas le mandat, mais il n'y fait pas référence non plus. Il emploie les mots « fonctions » (18) et « sièges » (19), qui peuvent s'accommoder des conceptions les plus diverses, bien que le mot fonctions ait le plus souvent été trouvé sous la plume des institutionnalistes.

La loi du 13 juillet 1967 maintient la même attitude : elle ne fait pas référence à des « mandataires sociaux », mais à des dirigeants (20).

La jurisprudence désigne les membres du directoire par l'expression « mandataires sociaux » (21), ou bien évite soigneusement toute formule qui pourrait l'engager (22).

Une part éminente de la doctrine reste attachée à la qualification traditionnelle (23). Mais elle l'assortit de nuances particulières, qui marquent la difficulté du problème, en parlant de mandat spécial (24), ou de mandat *sui generis* (25).

(15) HÉMARD, TERRÉ et MABILAT, t. I, n° 1072, p. 947.

(16) *Ibid.* Aj. B. PIÉDELIÈVRE, *Gaz. Pal.* 1968, préc.; D. BASTIAN, *J.C.P.* 1968, I, 2183, n° 486; R. PLAISANT et P. DELAISI, *Encycl. Dalloz*, Sociétés, v° *Directoire et conseil de surveillance*, n° 9; J.-J. CAUSSAIN, th. préc., p. 102, et *J.-Cl. Doc.*, fasc. 133-C, n° 58; MERCADAL et JANIN, n° 1525. *Contra* : M. FAHIM, Le directoire dans les sociétés anonymes... *Rev. Soc.* 1969, n° 33, p. 57.

(17) « Il ya tout lieu de penser, parce que tel est bien l'esprit de la réforme, que le président du conseil de direction sera précisément un salarié de l'entreprise ». *J.O.*, Déb. Sénat, 22 avril 1966, p. 256.

(17 *bis*) V. pour un P.D.G., Soc. 20 oct. 1976, *Rev. Soc.* 1977, 277, n. J.G.; *Rev. Trim. Dr. Com.* 1977, 535, obs. R. HOUIN.

(18) Art. L. 120, al. 2; 120-1, al. 1er, 127; v. C. CHAMPAUD, obs. *Rev. Trim. Dr. Com.* 1967, 174.

(19) Art. L. 151, D. 97.

(20) F. DERRIDA, La réforme du règlement judiciaire et de la faillite, p. 242.

(21) Paris, 4e Ch., 13 mars 1975, *Dr. Soc.*, mai 1975, n° 79; T. Com. Paris 5 juil. 1972, *Gaz. Pal.* 1973, 1, 298, n. DELAISI; *Rev. Soc.* 1973, 668, n. J. J. BURST; *J.C.P.* 1974, II, 17743, n. H. M. SYNVET; *Rev. Trim. Dr. Com.* 1973, 575, obs. R. HOUIN; — Rennes 28 mars 1973, préc.; — Cass. Com. 23 juin 1975, *Bul. Civ.* IV, n° 177; *Rev. Trim. Dr. Com.* 1976, 145, obs. R. HOUIN.

(22) T. Com. Roubaix 25 juil. 1973, *Bul. Inf. Soc.* 1974, p. 593; *Rev. Trim. Dr. Com.* 1973, 577, obs. R. HOUIN.

(23) HÉMARD, TERRÉ et MABILAT, t. I, n° 1072, p. 947; B. PIÉDELIÈVRE, *Gaz. Pal.* 1968, préc.; H. LECOMPTE, Etude de divers problèmes concernant le fonctionnement des sociétés anonymes avec directoire, *J. Soc.* 1973, p. 275.

(24) PIEDELIÈVRE, *Gaz. Pal.* 1968, préc.

(25) J.-J. CAUSSAIN, th. préc., p. 103; M.-J. COFFY, Le nouveau type d'administration des sociétés commerciales, *J. Not.* 1971, art. 50309, p. 1233.

L'approximation est comparable chez les auteurs qui ont opté pour la théorie institutionnelle. S'ils tiennent pour acquises l'inutilité voire l'inaptitude du mandat (26), ils rendent mal compte des éléments contractuels qui conservent aux fonctions du directoire des affinités avec le mandat.

Il convient maintenant d'apprécier dans quelle mesure ces appréciations sont justifiées, en rendant compte, brièvement, car il s'agit d'une question très classique, des arguments formés à l'encontre et en faveur de la qualification de mandat.

§ 1. — Contre le mandat.

469. — Certaines causes de rejeter le mandat sont communes aux membres du directoire et au président du conseil d'administration.

D'autres sont propres au directoire.

I. — Causes générales.

470. — Vient en tout premier lieu la fixation légale de pouvoirs autonomes. Les dirigeants de sociétés anonymes ne tiennent pas leur pouvoir (spécialement le pouvoir de représentation) (27) de leur mandant, mais de la loi. Ou plutôt, le mandant ne peut déterminer lui-même l'étendue des pouvoirs du mandataire, absolument vis-à-vis des tiers, et dans certaines limites, à l'intérieur de la société.

De plus, le mandant ne peut plus accomplir lui-même les actes pour lesquels son mandataire à compétence spéciale. On est loin des articles 1984 et 1989 du Code Civil.

Ensuite, les tenants de l'institution font grand cas de la nature juridique de la rémunération du président du conseil d'administration (28). Le problème paraît identique pour les membres du directoire.

L'intérêt pratique de la question résidait dans l'application de l'article 40 de la loi du 24 juillet 1867, que la jurisprudence avait fini par admettre (29). La loi du 24 juillet 1966 s'est prononcée en sens contraire. Mais quel est le fondement de sa solution ?

La rémunération n'est pas contrôlée dans les conditions prévues aux articles L. 101 et suivants, nécessairement parce qu'elle est institutionnelle, mais parce qu'elle fait l'objet par ailleurs d'une révélation globale (art. L. 168-4°) (30). Accordons que cette explication n'est pas en soi des plus convaincantes, mais, émanant du législateur, n'indique-t-elle pas le sens de ses préférences ? Cependant, un argument de texte appuie, dans la loi de 1966, la nature institutionnelle de la rémunération : les mots « détermine » (art. L. 110, L. 115, D. 94) et « fixe » (art. L. 123) (31).

(26) V. par exemple, J.-P. BERDAH, th. préc.; H. SOULEAU, La démission des dirigeants des sociétés commerciales, *Rev. Trim. Dr. Com.* 1972, p. 21, spé. n°s 7 et 8.
(27) V. C.-J. BERR, th. préc., n°s 17 et s.
(28) V. J.-P. BERDAH, th. préc., p. 85 et s., n°s 69 et s.
(29) Montpellier 28 nov. 1963, *D.* 1964, 483, n. L. MAZEAUD; J.-M. MICHAUD et J.-L. DELVOLVE, Le statut du président directeur général est-il soumis à l'article 40 de la loi du 24 juillet 1867 ? *D.* 1964, Chron. 257.
(30) V. HÉMARD, TERRÉ et MABILAT, t. I, n° 980.
(31) V. J.-P. BERDAH, th. préc., n° 71, p. 88.

Critique plus efficace, on ne sait pas très bien qui les membres du directoire ou le président du conseil d'administration ont pour mandants (32), l'assemblée ou le conseil de surveillance, l'assemblée ou le conseil d'administration ? D'autant que les organes qui nomment statuent seulement à la majorité, mode présenté comme institutionnel (33).

Et le problème se complique si l'on examine le régime de la responsabilité. S'ils sont responsables en tant que mandataires, les dirigeants sont-ils aussi les mandataires des actionnaires individuellement, ou même des actionnaires par petits groupes ?

La nature même de la responsabilité est justement l'un des points où les institutionnalistes ont concentré leurs efforts. Mais ce problème n'a qu'un intérêt doctrinal, car la jurisprudence exige toujours la preuve d'une faute (34). Si elle semble requérir une certaines gravité dans les fautes reprochées, ce qui a une coloration contractuelle, la jurisprudence semble apprécier ces fautes conformément à des obligations objectives, déterminées en dehors des relations contractuelles qui lient les dirigeants et la société (35). Diagnostic équivoque, donc, et cela ne saurait étonner, dans la mesure où la doctrine dominante reconnaît entre les deux types de responsabilité, non une différence de nature, mais seulement une dualité technique (36).

II. — Causes de rejet du mandat propres aux membres du directoire.

471. — Les règles du mandat ne semblent pas convenir avec celles du système nomination-révocation des membres du directoire. Nommé par le conseil de surveillance, le directoire ne peut être révoqué que par l'assemblée sur proposition du conseil. Or la révocation des mandataires se fait dans des formes parallèles à celles de leur nomination (37). Et qui serait le mandant ?

En outre, la révocation des membres du directoire, rendue plus difficile, semble obéir à un désir de continuité dans la gestion, qui passe pour un élément typiquement institutionnel (38). On réclamait la stabilité de la « fonction sociale » (39) et l'article L. 121 exauce partiellement ce vœu. Si la jurisprudence confirme qu'elle trouve dans « l'intérêt social » le critère du juste motif de révocation, elle donnera là encore, satisfaction à la théorie institutionnelle (40) — mais dans un sens qui, jusqu'ici, n'a pas renforcé la continuité de la gestion.

(32) J.-P. BERDAH, n° 98, p. 122.

(33) J. BRÈTHE DE LA GRESSAYE, *Encycl. Dalloz*, Dr. Civil, v° *Institution*, n° 73.

(34) RIPERT et ROBLOT, t. I, n° 1319; R. HOUIN, *Encycl. Dalloz*, Sociétés, v° *Faillites, règlement judiciaire, liquidation des biens*, n° 398.

(35) J.-P. BERDAH, th. préc., n° 77, p. 94.

(36) V. J. HAUSER, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, B.D.P., t. CX, p. 319.

(37) H. SOULEAU, art. préc., n. 26, n° 12.

(38) E. GAILLARD, La société anonyme de demain : la théorie institutionnelle et le fonctionnement de la société anonyme, th. Paris, 1932, p. 127 et s., p. 182 et s.; M.-J. COFFY, th. préc., p. 355; J.-P. BERDAH, th. préc., n° 67, p. 83. Comp., pour les sociétés de personnes, F. DERRIDA, *Mél. Audinet*, préc. n 3, p 52, n° 16.

(39) J.-C. GROSLIÈRE, Les garanties professionnelles des dirigeants de sociétés commerciales, *D.* 1963, Chron. 184.

(40) V. E. GAILLARD, th. préc., p. 131 : « Toutes les fois qu'un conseil d'administration est irréprochable, qu'il n'y a pas de cause de révocation, l'intérêt social commande de le garder. » Rappr. J. PAILLUSSEAU, th. préc., pour un rôle plus général de l'intérêt social; R. CONTIN, n° 595, p. 408 et s.; v. *supra*, n° 217.

De plus, le problème des pouvoirs se complique. Car si le conseil d'administration et son président ont théoriquement les mêmes pouvoirs, ce qui est dans la logique du mandat, on ne peut en dire autant du conseil de surveillance et du directoire qu'il nomme. Au contraire même, la distinction de ces pouvoirs est le fondement de l'organisation nouvelle.

Enfin, le système de représentation de la société obéit à un régime particulier où l'on ne reconnaît pas le mandat. Seuls le président et éventuellement les directeurs généraux représentent la société : or l'organe de direction est l'entier directoire. On peut voir dans cette exception à la collégialité aussi bien que dans la collégialité elle-même des règles qui s'écartent profondément de celles du mandat.

§ 2. — En faveur du mandat.

472. — Toutes les critiques dont un bref rappel vient d'être fait ne sont pas sans répliques. La plupart correspondent à des aménagements particuliers d'une relation qui semble demeurer contractuelle dans sa nature.

Ainsi, la pluralité de mandants n'est qu'apparente : seule la société joue ce rôle, quel que soit l'organe qui lui sert d'expression. On peut dire que le conseil représente la société quand il nomme les membres du directoire. Et le bénéfice de l'action sociale ne va pas à ceux qui l'ont intentée, mais à la société elle-même, car c'est elle qui a subi un préjudice. D'ailleurs, en matière de responsabilité, la nature contractuelle n'est pas condamnée, mais elle coexiste avec la nature délictuelle (41), qui elle-même n'est pas nécessairement le signe de l'institution.

En outre, l'indemnisation du mandataire révoqué n'est pas illégitime dans le cadre même du mandat. L'article 2004 du Code Civil n'est pas d'ordre public, comme en témoigne la construction jurisprudentielle du mandat d'intérêt commum (42). Un auteur a vu dans cette qualification celle qui convenait aux membres du directoire (43). Or le juste motif de l'article L. 121 ne joue pas comme une cause légitime de révocation, mais seulement comme une cause d'indemnisation.

La rémunération des membres du directoire peut parfaitement échapper à l'appétit de la théorie institutionnelle (44), comme les termes mêmes de l'article L. 123 le montrent : c'est l'acte de nomination qui « fixe » le mode et le montant de la rémunération, et non le conseil de surveillance. Cette interprétation littérale va dans le même sens que celle présentée à l'appui de la thèse contractuelle pour le président du conseil d'administration : l'article L. 110 précise la compétence du conseil d'administration (45), il a une valeur formelle. *A fortiori* l'article L. 123 ! Et le mot « acte » englobe la catégorie des contrats.

De plus, la rémunération est fixée pour chacun des membres, ce qui laisse entendre que le législateur tient compte de la réalité, nettement contractuelle : les dirigeants discutent leur rémunération et ils peuvent refuser leur nomination.

(41) Hémard, Terré et Mabilat, t. II, nos 1168 et 1169, p. 930 et 931.
(42) Civ. 13 mai 1885, *D.P.* 1885, 1, 350; — Civ. 11 févr. 1891, *D.P.* 1891, 1, 197.
(43) M.-J. Coffy, th. préc., p. 325.
(44) L'art. 63-1 du projet C.E.E. va dans ce sens : « le conseil conclut, au nom de la société, avec chacun des membres du directoire, un contrat qui fixe le mode et le montant de sa rémunération ».
(45) B. Mercadal et Ph. Janin, n° 1386.

Enfin, si la représentation n'est pas nécessairement liée au mandat (46), elle en est l'une des caractéristiques lorsqu'elle s'insère dans un cadre où l'on peut reconnaître la forme du mandat. Certes, le plus souvent, les membres du directoire ne sont pas investis du pouvoir de représenter la société vis-à-vis des tiers. Mais leur rôle est quand même celui d'un représentant, dans l'ordre interne. « Représenter n'est pas gérer » (47) : ce point de vue doctrinal est contestable, si l'on considère que les membres du directoire ne gèrent la société que parce qu'ils représentent l'assemblée des actionnaires, organe souverain.

Mais c'est précisément sur ce terrain qu'apparaissent les limites actuelles du mandat.

Section 3. — **Une nature mixte.**

473. — Il est bien certain que la situation des membres du directoire conserve des aspects contractuels; et ces aspects sont plus proches du mandat que d'aucun autre contrat. Toutefois, sans perdre toute sa valeur, cette référence est devenue insuffisante.

On ne peut reprocher au mandat des membres du directoire de n'avoir pas la souplesse, de ne pas contenir toutes les virtualités du mandat de droit commun. Celui-là est un moule général, celui-ci est un moule particulier. Mais on retrouve la même trame : nomination acceptée, éventuellement démission (l'art. 2007 C. Civ. ne convient-il pas aux membres du directoire ?), révocation, exercice du pouvoir au nom du mandant, obligation de rendre compte (devant le conseil et devant l'assemblée), responsabilité pour faute dans l'exécution du contrat.

De plus, la volonté des parties conserve de son importance au niveau du pacte social. C'est lui qui détermine l'objet social, lui qui peut limiter les pouvoirs des organes dans l'ordre interne, lui qui peut fixer ou accentuer certaines conditions d'aptitude.

Ces éléments ne sont pas les simples vestiges de l'ancienne conception contractuelle. Ils indiquent qu'à côté de la situation objectivement déterminée par les textes, une part est laissée à l'initiative personnelle des parties, sans laquelle aucune société ni aucun organe ne pourraient voir le jour.

Les partisans de l'institution ont d'ailleurs bien décelé les deux aspects du problème à propos du contrat de travail, et ils ont admis la coexistence du contrat et de l'institution (48).

Le contrat sert essentiellement à expliquer l'entrée du salarié dans l'entreprise; le reste du régime individuel du salarié dépend d'un statut, c'est-à-dire d'un ensemble de règles conçu dans le cadre de l'institution (49).

Ces idées sont très intéressantes s'agissant des membres du directoire. Ceux-ci discutent de leur rémunération et acceptent leurs fonctions : ce faisant,

(46) J. Carbonnier, *Droit Civil,* Thémis, t. 1, n° 43.

(47) C.-J. Berr, th. préc., n° 19.

(48) P. Durand, Aux frontières du contrat et de l'institution. La relation de travail, *J.C.P.* 1944, I, 387. V. aussi A. Brun, Le lien d'entreprise, *J.C.P.* 1962, I, 1719.

(49) Comp. P. Durand, qui parle de « relation de travail », et Roubier, *Le droit transitoire,* Dalloz et Sirey, 2e éd., p. 423, n° 84, pour lequel la distinction entre statut (qui est une institution) et contrat permet d'expliquer ou d'induire l'application immédiate de la loi nouvelle. V. J. Ghestin et G. Goubeaux, Traité de Droit Civil publié sous la direction de J. Ghestin, t. 1, Introduction générale au droit, n° 380, p. 285; J. Hauser, th. préc., p. 306, n° 173.

ils entrent dans la société où ils sont pris en charge par les règles applicables en fonction de l'ensemble. Dans l'optique d'un système juridique, l'analyse doit être poussée plus loin dans la mesure où il importe d'établir la source des décisions et des règles du système : elle est le plus souvent dans le système lui-même, elle est parfois dans la volonté individuelle des participants. On détient là un indice sérieux de l'homogénéité et du bon fonctionnement du système, qui amène assez souvent à rehausser l'aspect contractuel du lien unissant les membres du directoire à la société.

474. — Quoi qu'il en soit de cette hypothèse, les tendances législatives semblent plutôt amener de nouvelles amputations à la liberté contractuelle, en orientant le droit vers une « professionnalisation » des fonctions des dirigeants de société, et en particulier, des membres du directoire.

La vague d'échecs économiques de ces dernières années a souvent mis en cause la compétence des dirigeants de type traditionnel. La technicisation de la gestion augmente constamment l'écart entre la propriété et l'action économique : les mentalités s'adaptent à cette évolution avec un inégal bonheur.

Il semble nécessaire, si l'on exige plus de compétences — ira-t-on jusqu'au « permis de diriger » que conseille M.-F. Bloch-Lainé ? —, de garantir la stabilité et d'accentuer la responsabilité pour justifier la séparation entre la propriété (contrôle) et la gestion. On sent à travers le régime applicable aux membres du directoire, l'amorce du « statut professionnel » qui pourrait harmoniser leurs situations commerciale, sociale et fiscale.

Cette préoccupation d'harmonie est en partie celle du rapport Sudreau. Mais il l'envisage sur un mode compatible avec la conception contractuelle moderne, dont on peut même dire qu'il lui ferait gagner du terrain, notamment en supprimant la collégialité du directoire.

Observons d'ailleurs que la « professionnalisation » peut s'accomplir en restant sur le terrain contractuel avec le louage de services. Le législateur pourrait accorder sa grâce aux « mercenaires », « technocrates » et autres « managers », si le besoin économique s'en faisait sentir.

Un tel revirement n'est cependant pas à envisager de sitôt, car il dépend pour une grande part de l'état d'esprit des intéressés. Sensibles aux avantages du salariat quand ils ont fait de mauvaises affaires (que de dirigeants, lors de la liquidation des biens de la société, demandent à bénéficier de l'assurance-garantie des salaires et des indemnités diverses !), ils magnifient les risques de leur position quand tout va bien. Les plus prudents passent d'ailleurs avec leur société un contrat de travail, pour lequel le directoire représente une formule avantageuse. Dans ces conditions, il n'est pas probable que des changements décisifs interviennent.

On ne peut émettre la même appréciation en ce qui concerne les membres du conseil de surveillance.

CHAPITRE DEUXIEME

NATURE JURIDIQUE DES FONCTIONS DES MEMBRES DU CONSEIL DE SURVEILLANCE

475. — On pourrait concevoir que les spécialistes du contrôle soient eux aussi des professionnels. Leur tâche est suffisamment délicate pour cela.

Le législateur de 1966 a repoussé cette solution avec la plus grande netteté. On peut l'expliquer par l'existence des commissaires aux comptes et par le désir de faire de l'organe de contrôle une instance de conseil, d'information et de relations.

Contrairement encore aux membres du directoire, les membres du conseil de surveillance sont qualifiés de mandataires par les textes (1), qui emploient aussi par ailleurs les termes « sièges » (2) et « fonctions » (3).

La qualification de mandataire n'est pas à l'abri de toutes les critiques, mais elle s'avère la meilleure quant à l'aspect contractuel des fonctions des membres du conseil de surveillance.

Certes, les membres du conseil de surveillance doivent respecter des règles organiques propres, qui ne semblent pas compatibles avec le contrat de mandat.

En effet, de même que le directoire, le conseil de surveillance a des pouvoirs propres, déterminés par la loi, et que les autres organes ne peuvent s'attribuer.

De plus, les membres du conseil de surveillance sont nommés par la majorité des actionnaires, et la durée de leurs fonctions est limitée par la loi. Les tenants de l'institution se sont appuyés sur ces arguments pour écarter l'idée de mandat (4).

La complète mise à l'écart du mandat semble excessive (5). Outre les termes employés par le législateur, les règles de fond laissent envisager une compatibilité entre ce type de contrat et les fonctions de membres du conseil de surveillance. Le conseil de surveillance est en effet le représentant des actionnaires dans l'ordre interne, ses membres sont nommés et révoqués par l'assemblée, *ad nutum*. Ils doivent rendre compte de leur mandat (art. L. 128, dernier alinéa) et leur responsabilité est strictement entendue comme celle d'un mandataire (art. 250) (6).

(1) Art. L. 130, al. 2 (actions obligatoires), L. 136, al. 2, 3 et 4 (cumul de fonctions), L. 250 (responsabilité), D. 98 (nomination d'un membre du conseil au directoire), D. 102 (personne morale membre du conseil). Comp. art. L. 138, al. 2, qui utilise maladroitement l'expression « mandat du conseil de surveillance ».

(2) Art. L. 151.

(3) Art. D. 101.

(4) V. H. Souleau, La démission des dirigeants des sociétés commerciales, *Rev. Trim. Dr. Com.* 1972, p. 21.

(5) Hémard, Terré et Mabilat, t. I, n° 1125, p. 987; B. Piédelièvre, Le directoire et le conseil de surveillance des sociétés anonymes de type nouveau, *Gaz. Pal.* 1968, 1, Doctr. 94, spé.

(6) V. Paris, 3e Ch., 8 juil. 1975, *Gaz. Pal.* 1976, 28 janv., n. A. Solal; *Rev. Soc.* 1976, 114, n. J.G.; *Rev. Trim. Dr. Com.* 1976, 553, obs. R. Houin; v. n° 458.

Cette trame contractuelle coexiste avec des éléments que l'on pourrait qualifier de statutaires, qui dérivent impérativement du système organique ou de systèmes extérieurs (conditions d'aptitude, rémunérations, etc.), mais qui ne sont peut-être pas suffisants pour remettre en cause aussi profondément que pour les membres du directoire la nature contractuelle des fonctions.

Ce diagnostic aurait beaucoup de raisons d'évoluer au cas où la cosurveillance serait introduite dans le droit positif. La finalité nouvelle du conseil (plus institutionnelle, diront certains), sa composition sans doute plus impérative, influeront sur la qualité reconnue aux membres. La part contractuelle ne saurait alors que diminuer.

Notons que ce changement jouerait par ricochet sur le directoire, où il apporterait de l'eau au moulin de la « professionnalisation », la neutralité de la gestion devenant plus nécessaire.

CONCLUSION GENERALE

476. — Il serait hasardeux de porter un jugement d'ensemble sur la société anonyme à directoire. Ses aspects sont trop nombreux pour qu'on puisse l'enfermer dans une appréciation définitive.

Pourtant, les chiffres montrent une réticence marquée (1) de la part des praticiens envers ce type de société anonyme. Certes, il ne s'agit pas d'un échec, puisque des sociétés considérables par leur place dans l'économie française (2) ont adopté la formule et lui semblent attachées. Mais il ne saurait pas non plus être question de succès.

La première raison de ce bilan plutôt négatif tient assurément aux qualités pratiques de la structure classique. Celle-ci donne le plus souvent satisfaction aux usagers, et c'est toujours par rapport à elle que l'on envisage la société anonyme de type nouveau.

Mais les différences caractéristiques entre les deux sociétés peuvent, suivant les cas, être considérées comme des avantages ou comme des inconvénients, et la préférence ne peut pas être établie *in abstracto :* elle dépend de l'ensemble de la situation concrète à laquelle il s'agit de donner une solution juridique.

Tout au plus peut-on relever les techniques juridiques qui sont plus délicates, plus complexes dans la société à directoire et, en partant de l'état d'esprit le plus fréquent, rendre compte des motifs pour lesquels elle n'a pas obtenu un succès satisfaisant.

477. — Au chapitre de la complexité, il faut noter d'abord quelques détails formalistes, bien dans l'esprit de 1966, qui gênent assez souvent les usagers, notamment dans les petites sociétés anonymes. C'est ainsi que l'on critique la dénomination officielle de la société (3), l'exigence des rapports du directoire, le trop bref délai pour présenter les comptes au conseil de surveillance (4). De telles critiques ne sont peut-être pas de mise dans les sociétés qui utilisent des techniques institutionnelles.

A un niveau plus essentiel, apparaît tout d'abord le point central de la nouvelle structure, qui est la séparation entre les fonctions de gestion et les fonctions de contrôle. Une optique trop rigide de cette séparation ne peut qu'entraîner des blocages, une conception laxiste risquant, au contraire d'amener à l'ineffectivité toute la structure nouvelle. La mesure est délicate à définir, et

(1) V. les chiffres de l'A.N.S.A. cités en annexe et communiqués également par J. BURGARD, Heurs et malheurs de la société anonyme à directoire, *Rev. Jur. Com.* 1975, 279, et H. CHASSERY, Les attributions du conseil de surveillance, *Rev. Trim. Dr. Com.* 1976, 449.

(2) Parmi les « gros poissons », citons Agache-Willot, la Banque de l'Indochine et de Suez, Berliet, la Compagnie bancaire, le Figaro, Moulinex, Nobel-Bozel, Olida-Caby, Peugeot-Citroën, Prouvost, Roussel-Uclaf, etc. Fait notable, certaines sociétés de conseils juridiques ont adopté la formule (exemple, la société expertise comptable fiduciaire de France).

(3) Mais l'obligation d'user de la dénomination officielle ne connaît aucune sanction, v. J. BURGARD, art. préc., p. 288.

(4) V. J.-J. CAUSSAIN, La société à directoire : Bilan et perspectives, *J.C.P.* 1977, C.I., 12451.

dépend, là encore, de la situation particulière à chaque société. Les mécanismes d'équilibrage prévus par la loi ont eux-mêmes un certain jeu, et il en va mieux ainsi.

Parmi ces mécanismes, il en est un dont la mise en œuvre se révèle très difficile : la collégialité. Si le conseil de surveillance bénéficie à cet égard de l'expérience du conseil d'administration, le directoire offre prise à de nombreux problèmes nouveaux. L'intensité de la collégialité de cet organe est d'ailleurs limitée par la loi elle-même, qui réserve une place particulière au président du directoire; mais cette limite est fort délicate à pratiquer.

Enfin, l'autonomie de l'organe de gestion, certes relative, entraîne quand même un nouveau réglage de l'ensemble des mécanismes de la société; elle infléchit la distribution des pouvoirs en rendant nécessaire une spécialisation et un renforcement du contrôle, qui lui-même amenuise l'influence de l'assemblée des actionnaires. Cette remise en cause fondamentale ne peut aller sans zones d'ombre. Et même si elle n'est qu'amorcée, elle oblige à revoir certaines habitudes.

478. — Certains n'acceptent pas ce sacrifice. Un excellent test a été passé à ce sujet par l'Etat lui-même. Après avoir « montré l'exemple » en adoptant la formule dualiste, il a préféré faire machine arrière en revenant à la formule classique pour la S.N.I.A.S. L'écho ne s'est pas fait attendre au sein du patronat, et M. Ambroise Roux déclarait assez récemment : « l'âpreté accrue de la concurrence internationale impose de retenir en définitive la formule la plus adaptée à la société, celle qui permet une accélération des prises de décisions par une réduction du temps de réponse. L'unicité de la gestion, donc des décisions et des responsabilités à l'échelon le plus élevé de la société répond à une telle préoccupation. C'est pourquoi il est apparu opportun aux autorités de tutelle d'adopter à nouveau le régime traditionnel des sociétés anonymes de droit français, comportant un conseil d'administration et un P.D.G. » (5)

Pour beaucoup d'esprits, il n'est pas souhaitable d'interposer entre l'assemblée des actionnaires et l'organe de gestion un écran, fût-il composé d'actionnaires. De plus, le partage des responsabilités de gestion continue de hérisser beaucoup de nos chefs d'entreprise. Le pouvoir ne se partage pas.

479. — Devant une telle crispation, le rapport Sudreau a choisi la douceur, la souplesse. Il désire revenir sur certaines des dispositions jugées excessives de la loi du 24 juillet 1966.

Mais ses propositions relatives à la société à directoire nous semblent marquer une régression par rapport au droit actuel, sans amener aucune compensation. Cette régression se traduit notamment par l'abandon de la collégialité du directoire, tant en ce qui concerne les pouvoirs et responsabilités de gestion qu'en ce qui touche la durée des fonctions des membres du directoire. En outre, le rapport préconise un amoindrissement de la stabilité (déjà très relative) des membres du directoire en supprimant la décision, nécessaire jusqu'ici, de l'assemblée générale : le conseil aurait le pouvoir de révoquer seul le directoire, et celui-ci pourrait en appeler à l'assemblée.

On remarquera que ces propositions et ces critiques ne concordent pas entre elles de façon très sûre. Diminuer la force de l'organe de gestion ne revient pas à promouvoir « l'unicité de la gestion ». C'est d'autant plus gênant que, par ailleurs, la société à directoire est choisie comme terrain d'expérience pour la

(5) Cité par B. BRIZAY, Société à directoire : les Français ne savent pas l'utiliser, *Le Nouvel Economiste* 23 févr. 1976.

cosurveillance. Va-t-on renforcer l'organe de gestion, le conseil de surveillance ou l'assemblée générale ? On ne peut les privilégier tous à la fois !

En outre, l'abandon de la collégialité ne se conçoit que si, par ailleurs, il n'existe pas d'autre formule autocratique qui puisse combler les vœux des amateurs. On admettra ainsi que l'extension du directeur général unique coïncide avec l'uniformisation des types de sociétés anonymes, qui avait été envisagée lors des travaux parlementaires de la loi de 1966.

480. — Mais il faudrait alors que le type unique retenu soit fondé sur la distinction gestion-contrôle. A côté du « D.G.U. » figurerait un conseil de surveillance investi de pouvoirs similaires à ceux dont cet organe jouit dans le droit actuel. Toute unification autour du conseil d'administration perpétuerait les redoutables ambiguïtés de la distinction direction-administration.

Le résultat relativement peu encourageant obtenu par la société à directoire exclut probablement le retour à un type unique dans un proche avenir. Mais ce retour nous paraît tenir à une certaine logique de l'évolution de la société anonyme, attestée entre autres par la situation à l'étranger.

Si l'on regarde vers l'Allemagne — et la plupart des observateurs continuent de penser qu'elle préfigure l'avenir en la matière — on ne peut manquer de relever le très petit nombre de sociétés anonymes (environ 2 300), comparé aux légions compactes de notre droit français (plus de 104 000 !). Mais certains auteurs font remarquer, à juste titre, que le nombre des sociétés anonymes françaises dont les titres sont cotées en Bourse avoisine 1 800 (6), et l'on retrouve alors un ordre de grandeur comparable.

La voie qui nous semble la plus rationnelle consisterait à réserver la société anonyme aux grandes entreprises, et un type unique suffirait alors parfaitement. La masse des petites sociétés anonymes pourrait alors se distribuer entre une S.A.R.L. adaptée à cette réception, et une entreprise individuelle à responsabilité limitée, dont la création peut être une marque d'honnêteté mais aussi d'illusion (7).

Vue d'avenir concevable, mais assez peu probable tant les habitudes mentales... et fiscales semblent bien installées. Le prestige de la société anonyme n'est pas sans importance, loin de là, et les avantages économiques qu'elle procure expliquent son succès. Une politique de rigueur à cet égard demanderait beaucoup de résolution et apporterait peu de contreparties,... sinon l'estime d'une fraction de doctrine juridique.

481. — Aussi sommes-nous très réservés sur les perspectives de réforme profonde de la société anonyme à directoire. Le projet n° 2510 témoigne parfaitement de cet état d'esprit (8). Il n'apporte que des retouches de détail (durée des fonctions, cumuls de sièges, limite d'âge, actions d'*affectio societatis*, etc.) qui augmentent légèrement la part impérative du statut des membres, notamment ceux du conseil de surveillance. Mais il renforce par ailleurs les facilités offertes aux petites entreprises, par exemple en permettant de stipuler des clauses d'agrément pour les cessions entre actionnaires.

De plus, le projet de cosurveillance semble mis entre parenthèses pour

(6) J. GUYENOT, L'adaptation du droit des sociétés aux réalités de l'entreprise selon le rapport Sudreau, *Gaz. Pal.* 5 oct. 1975, n° 25.

(7) Dans la mesure où les créanciers demanderont souvent à l'entrepreneur de s'engager sur sa fortune personnelle. Mais cet inconvénient existe avec les dirigeants majoritaires de S.A. ou de S.A.R.L.

(8) V. G. DELMOTTE, Nouveau projet de loi tendant à améliorer le droit des sociétés commerciales, *J. Not.* 1977, n° 2, p. 86 et s.

quelque temps, pour des raisons politiques. Relevons d'ailleurs que le parti socialiste semble envisager plutôt un accroissement des pouvoirs du comité d'entreprise (9), revenant en cela aux conception premières de René Capitant.

482. — Il existe pourtant des points précis sur lesquels l'actuelle structure mériterait d'être amendée. Citons particulièrement la responsabilité des membres du conseil de surveillance, notamment la responsabilité pénale, la protection des minoritaires au niveau du conseil de surveillance, et l'accès des salariés à cet organe.

De même, il serait possible de rendre plus claire la distinction entre les fonctions de gestion du directoire et la fonction de représentation de la société.

Enfin, quelques pas supplémentaires pourraient être faits en direction de la professionnalisation des dirigeants de sociétés (le « permis de diriger », un juste motif limité à la faute de l'intéressé, une sévérité et une efficacité accrues quant aux interdictions de diriger ou de contrôler une société commerciale (10). Ce renforcement pourrait être compensé par une meilleure appréhension des phénomènes de domination interorganiques (pouvoirs en blancs « sélectifs », interdiction au directoire de provoquer la révocation des membres du conseil de surveillance) (10).

483. — Quoi qu'il en soit, dans le droit actuel, la situation des gestionnaires marque déjà un net progrès par rapport à la formule traditionnelle : les membres du directoire ne sont pas nécessairement actionnaires, ils peuvent être indemnisés en cas de révocation injuste, ils ne peuvent être à la fois contrôlés et contrôleurs. En outre, ils disposent d'un organe autonome, restreint et collégial, alors que l'organe délibératif (le conseil de surveillance) semble mieux utilisé, « rentabilisé », que le conseil d'administration.

Ces éléments donnent une image acceptable de la structure juridique qui convient au management (11). Mais le droit de 1966 sied également aux sociétés de famille (12) : les membres du directoire peuvent avoir un contrat de travail, les pouvoirs du directoire peuvent être modulés (dans l'ordre interne), les dirigeants devenus âgés peuvent « se retirer » au conseil de surveillance, l'hypothèse du directeur général unique permet la transformation d'une S.A.R.L. en S.A. sans avoir à trouver trois administrateurs (13), etc.

484. — On peut trouver bien d'autres aspects de la société à directoire qui, dans le détail des règles, semblent convenir à des besoins bien particuliers. Mais il ne faut pas aller trop loin dans cette voie, et attendre de la structure bi-organique ce qu'elle ne peut donner. Ainsi, alors qu'un certain nombre d'entreprises en difficulté ont cru améliorer leur situation en adoptant la formule, il apparaît très nettement que la société à directoire n'est pas une panacée devant la détresse économique (14). Tout au plus permet-elle de rationaliser les structures de gestion et de contrôle, mais son influence sur la situation économique et sur les habitudes prises n'est que seconde, et elle se place à un niveau qui n'est pas utilitaire à très court terme.

(9) V. les déclarations de M. ROCARD, *Le Monde* 16 avril 1977.
(10) Idées retenues par le projet n° 2510.
(11) V. J. BURGARD, Nécessités économiques et évolution du droit des sociétés. Fusions et Management, *Rev. Soc.* 1969, 109.
(12) V. Cl. CHAMPAUD, Situation personnelle des dirigeants des sociétés de famille, *Mél. Bastian*, t. I, p. 47.
(13) P.-A. MOREAU et J. GUYENOT, Traité pratique des sociétés, t. II, n° 865, p. 277.
(14) V. R. BRUNOIS, Les entreprises en difficulté : à quand une solution ? *Gaz. Pal.* 3-4 juil. 1974.

485. — Par-delà les services ponctuels qu'elle peut rendre, la société anonyme à directoire permet de mieux discerner les tendances de l'évolution du choix des sociétés. Dans cette optique spécifiquement doctrinale, on relèvera essentiellement deux facteurs qui sont, d'une part, l'augmentation de la distanciation entre la propriété et la gestion (15) et, d'autre part, corrélativement, la multiplication des contrôles (16). « L'ère des managers » (17) semble devoir susciter la création d'instances de concertation (pourquoi pas le conseil de surveillance ?) (18), où des catégories de plus en plus nombreuses d'intéressés (salariés, consommateurs, créanciers, Etat...) auront une prise organique sur la vie de la société. Mais, parallèlement, les pouvoirs les plus fondamentaux continueront de se concentrer, notamment avec le phénomène des groupes de sociétés.

Ces tendances traduisent finalement un déclin de la société anonyme en tant que moyen de réunir des capitaux. Elles révèlent au contraire l'accroissement considérable du rôle de la société anonyme en tant que structure de fonctionnement. Le directoire et le conseil de surveillance viennent à point nommé pour mettre l'accent sur le besoin de structuration qu'éprouvent les grandes entreprises modernes. A eux seuls, d'ailleurs, ils ne suffisent pas, puisque fleurissent les censeurs (19), les audits, les conseils en organisation, etc.

Mais l'important reste qu'au niveau juridique cette évolution se cristallise. On peut dès lors mieux en percevoir les dangers.

En effet, une structuration mal conduite, mal vécue, aboutit immanquablement à la sclérose, à l'immobilisme, au blocage. Les juristes ont certainement leur part lorsque ces phénomènes se produisent dans l'économie. En particulier, ils ont tendance parfois à considérer que la stabilité et la sécurité sont les deux vertus cardinales du droit. Ils construisent alors des théories dont la finalité est d'assurer la conservation de rapports juridiques, qui ont fort bien pu répondre à une situation donnée, mais qui ne sont pas forcément capables de s'adapter aux évolutions postérieures.

En matière de société, le péril existe sous la forme de cette déviation qui s'est peu à peu produite dans les esprits sous l'influence de la théorie de l'institution. Prodigieusement mouvante dans l'esprit fertile d'Hauriou, l'institution a tendu depuis à retrouver l'esprit de conservation qui tient à son essence même.

Ce qui est réglementé, organique, construit, prend dès lors l'apparence solide et rassurante, mais figée à l'excès, du marbre dont on fait les statues juridiques...

Or, le droit des sociétés a besoin d'un autre esprit. Il doit d'abord vaincre cette croyance selon laquelle ce qui est complexe est nécessairement lourd et lent à manier. La technologie moderne peut aider les juristes à modifier sur ce plan leurs représentations, tout en leur rappelant que la fragilité des mécanismes doit toujours être prévue.

Pour promouvoir l'esprit d'adaptation du droit des sociétés, et spécialement ici, pour « lire » d'une façon dynamique la structure à directoire et à conseil de surveillance, il est nécessaire d'être induit par une notion d'ensemble, qui a été pour nous celle de système. Méthode d'analyse qui ne cherche pas de

(15) V. M. TROCHU, L'entreprise : Antagonisme et collaboration du capital et du travail, *Rev. Trim. Dr. Com.* 1969, 681.

(16) V. R. CONTIN, *Le contrôle de la gestion des sociétés anonymes*, n^os^ 33 à 88, p. 39 à 41.

(17) Titre d'un ouvrage célèbre de J. BURNHAM.

(18) R. CONTIN, *op. cit.*, p. 502, n° 739, qui envisage un conseil « plénier » et un conseil « restreint », (n° 741).

(19) V. M. VASSEUR, Une création de la pratique : les censeurs des sociétés anonymes, *D.* 1974, Chron. 67.

caution morale, elle s'adapte à volonté à l'objet de son étude. Plus qu'une référence juridique, une « nature » au sens classique, c'est un appareil de mesure du mouvement, une recherche des interactions les plus sensibles qui soient à même de caractériser une technique juridique comme la société anonyme à directoire.

Mais nous avons parcouru seulement quelques pas dans cette voie; il nous reste à espérer qu'elle suscitera d'autres études, qui sauront explorer plus avant cette forme d'épistémologie du droit des sociétés.

STATISTIQUES

I. — *Constitutions.*

	1968	1969	1970	1971	1972	1973	1974
A. Constitutions de S.A. en France	2 187	2 624	2 565	3 125	3 473	3 900	3 901
B. Constitutions de S.A. à directoire en France	21	38	76	123	106	124	107
% du total A	1 %	1,5 %	3 %	3,9 %	3 %	3,2 %	2,7 %
C. Constitutions de S.A. à Paris	805	927	1 010	1 245	1 332	1 576	1 436
D. Constitutions de S.A. à directoire à Paris	11	11	17	56	35	37	39
% du total C	1,4 %	1,2 %	1,7 %	4,5 %	2,6 %	2,4 %	2,7 %

*

II. — *Transformations.*

	1971	1972	1973	1974
A. Nombre total de transformations	2 895	4 096	2 485	1 973
B. En S.A. classiques	1 559	1 656	1 762	1 481
% du total A	53,8 %	40,4 %	70,9 %	75,1 %
C. En S.A. à directoire	114	118	111	103
% du total A	3,9 %	2,9 %	4,5 %	5,2 %
D. Transformation de S.A. classique en S.A. à directoire.	—	79	91	83
E. Transformation de S.A. à directoire en S.A. classique.	—	25	23	16

(*Sources :* A.N.S.A. et greffe du Tribunal de Commerce de Paris, cités par J. BURGARD, Heurs et malheurs de la société anonyme à directoire, *Rev. Jur. Com.* 1975, p. 280 et 281, et H. CHASSERY, Les attributions du conseil de surveillance, *Rev. Trim. Dr. Com.* 1976, p. 479.)

III

Entre le 1er avril 1967 et le 1er janvier 1975 :

A. S.A. nouvelles	47 440	
B. Dont S.A. à directoire	3 974	
% de A		8,4 %
C. Par constitution directe	2 165	
% de A		4,6 %
D. Par transformation	1 809	
% de A		3,8 %
E. S.A. à directoire revenues à la formule classique	463	
% de B		12,2 %

(*Source :* Enquête du Centre de recherches et d'études de droit des affaires (Chambre de Commerce et d'Industrie de Paris), citée par J.-J. Caussain, La société anonyme à directoire : bilan et perspectives, *J.C.P.* 1977, éd. C.I., 12451.)

BIBLIOGRAPHIE

I. — TRAITES, MANUELS, COURS POLYCOPIES, OUVRAGES GENERAUX (1)

AUBRY et RAU *. — *Cours de droit civil français,* 6e éd., par E. Bartin et P. Esmein, 12 vol., 1936 à 1958, et suppl. permanent.

ARGENSON (J.) et TOUJAS (G.). — *Règlement judiciaire. Liquidation des biens. Faillite,* 2 t., 4e éd., 1973 (Libraires techniques).

BÉGUIN (J.). — *Les procédures spéciales aux affaires,* Librairies techniques, coll. Droit et gestion, 1973.

CAMERLYNCK (G.-H.). — *Traité de Droit du Travail,* t. 1 : *Le contrat de travail,* 1968.

CAMERLYNCK (G.-H.) et LYON-CAEN (G.). — *Droit du Travail,* Précis Dalloz, 8e éd., 1977.

CARBONNIER (J.) *. — *Droit civil,* Thémis, t. 2, 8e éd., 1969; t. 4, 6e éd., 1969.

DALSACE (A.). — *Manuel des sociétés anonymes,* Dalloz, 5e éd., 1967, avec C. Dalsace et N. Bernard.

DAVID (R.). — *Les grands systèmes de droit contemporains,* Dalloz, 1974.

De JUGLART (M.) et IPPOLITO (B.) *. — *Droit commercial,* vol. 2, 2e éd., Montchrestien, 1975.

DELMAS-MARTY (M.). — *Droit pénal des affaires,* Thémis, 1973.

DEMOGUE (R.). — *Traité des obligations en général,* 7 vol., 1923-1933.

DERRUPPÉ (J.). — *Droit des affaires,* polycopié, 2e année, Bordeaux, 1974-1975.

— *Droit commercial,* polycopié, 4e année, Bordeaux, 1976-1977.

— *Droit commercial,* polycopié, 3e année, Bordeaux, 1977-1978.

DESPAX (M.) et PELISSIER (J.). — *La gestion du personnel. Aspects juridiques,* 3 t., Cujas, 1973.

Dictionnaire Joly des sociétés anonymes.

DIDIER (P.). — *Droit commercial. Les entreprises,* Thémis, 1970.

DUGUIT (L.). — *Traité de droit constitutionnel,* 3 t., 3e éd., 1927.

ESCARRA (J.). — *Cours de droit commercial,* 2e éd., 1952.

ESCARRA (J. et E.) et RAULT *. — *Traité de droit commercial. Les sociétés commerciales,* 4 vol.

FLOUR (J.) et AUBERT (J.-L.). — *Les obligations* , vol. 1 : *L'acte juridique,* Armand Colin, 1975.

GHESTIN (J.) et GOUBEAUX (G.). — *Traité de droit civil,* sous la direction de J. Ghestin, t. 1 : *Introduction générale au droit,* 1977.

GORÉ (F.). — *Droit des affaires,* Précis Domat, 1973.

GOYET (F.). — *Droit pénal spécial,* par M. Rousselet, P. Arpaillange et J. Patin, 8e éd., Sirey, 1972.

HAMEL (J.) et LAGARDE (G.) *. — *Traité de droit commercial,* t. 1, 1954.

(1) Les ouvrages suivis d'un astérisque sont cités du seul nom des auteurs.

HAURIOU (M.). — *Principes de droit public,* Paris, 1910.
HÉMARD, TERRÉ (F.), MABILAT (P.) *. — *Sociétés commerciales,* préf. J. Foyer, t. 1, 1972; t. 2, 1974.
HOUPIN et BOSVIEUX *. — *Traité général, théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales et des associations,* 5e éd., 1918.
JAVILLIER (J.-C.). — *Introduction au droit social et au droit du travail,* cours polycopié, Bordeaux, 1975-1976.
LACOUR et BOUTERON. — *Précis de droit commercial,* Dalloz, 1921.
Lamy Sociétés, éd. 1976, sous la direction de J. Burgard.
J. LARGUIER. — *Droit pénal des affaires,* Armand Colin, 1975.
LYON-CAEN et RENAUT *. — *Traité de droit commercial,* 8 vol., 5e éd., 1921-1932.
MARTY et RAYNAUD *. — *Droit civil,* t. II, vol. 1, 1962, Sirey.
MAZEAUD (H.-L. et J.) *. — *Leçons de droit civil,* t. 1, par M. de Juglart, t. 2, par M. de Juglart.
MERCADAL (B.) et JANIN (Ph.) *. — *Mémento pratique des sociétés commerciales,* Francis Lefebvre, 1976.
MOREAU (P.-A.) et GUYENOT (J.). — *Traité pratique des sociétés,* avec la collaboration de M.-J. Coffy, t. 2, 1975.
OLLIER (P.-D.), *Le droit du travail,* Armand Colin, U, 1972.
OPPETIT (B.) et SAYAG (A.). — *Les structures juridiques de l'entreprise,* Librairies techniques, coll. Droit et gestion.
PATIN (M.), CAUJOLLE (P.), AYDALOT (M.), ROBERT (J.-M.). — *Droit pénal général et législation pénale appliquée aux affaires,* P.U.F., 1974.
PLANIOL et RIPERT *. — *Traité pratique de droit civil français,* t. VI : *Les obligations,* 1re partie, par Esmein, 1952; t. VII : *Les obligations,* 2e partie, par Esmein, Radouant et Gabolde, 1954.
RIPERT et ROBLOT *. — *Traité élémentaire de droit commercial,* t. 1, 1977, 9e éd.; t. 2, 1976, 8e éd.
RIVÉRO et SAVATIER (J.). — *Droit du travail,* Thémis, 6e éd., 1975.
RODIÈRE (R.) *. — *Groupements commerciaux,* Précis Dalloz, 8e éd., 1972.
SARRUT (J.) et CHAMPAUD (C.). — *Dictionnaire permanent de droit des affaires.*
THALLER et PIC *. — *Traité général, théorique et pratique de droit commercial,* Paris, 1907.
THALLER et PERCEROU *. — *Traité élémentaire de droit commercial,* 5e éd., 1916.
TOUFFAIT (A.), ROBIN (J.), AUDUREAU (A.), LACOSTE (J.). — *Délits et sanctions dans les sociétés,* Sirey, 1973.
TREILLARD (J.). — *Cours de droit commercial,* polycopié 1973-1974, Bordeaux. — *Cours de droit privé comparé,* polycopié, Bordeaux, 1975-1976.
VUILLERMET (G.). — *Droit des sociétés commerciales, nouvelle législation,* 1969.
WEILL (A.) et TERRÉ (F.). — *Les obligations,* Précis Dalloz, 2e éd., 1976.

II. THESES, MONOGRAPHIES, OUVRAGES SPECIAUX

A. — *Etudes centrées sur la société anonyme à directoire.*

BURGMEIER (D.). — *L'Aktiengesetz* du 6 *septembre* 1965 *en Allemagne et les nouvelles structures de direction dans les sociétés anonymes françaises,* Mémoire D.E.S., Strasbourg, 1969.
CAUSSAIN (J.-J.). — *Le directoire et le conseil de surveillance dans la nouvelle société anonyme,* th. Paris, 1968. Dactyl.
GARCIN (J.). — *La société anonyme avec directoire et conseil de surveillance,* th. Lyon, 1971.

JOUSSEN (J.). — *Directoire et conseil de surveillance dans les sociétés anonymes*, Paris, 1969, th. 3e cycle.

LABORD (H.). — *Directoire et conseil de surveillance*, coll. « Vie de l'entreprise », Dunod, 1969.

B. — *Autres études.*

BALENSI (I.). — *Les conventions entre les sociétés commerciales et leurs dirigeants*, préf. J. Hémard, Paris, 1975.

BERDAH (J.-P.). — *Fonctions et responsabilités des dirigeants de sociétés*, B.D.C., t. 27, préf. P. Bonassies.

BERR (C.-J.). — *L'exercice du pouvoir dans les sociétés commerciales*, B.D.C., t. 3.

BÉZARD (P.), DABIN (L.), ECHARD (J.-F.), JADAUD (B.), SAYAG (A.). — *Les groupes de sociétés, une politique législative*, Le droit des affaires, Paris, 1975.

BIRNBAUM (P.) et CHAZEL (F.). — *Théorie sociologique*, Thémis, 1975.

BOCCARA (J.). — *L'administration provisoire des sociétés*, th. Paris, 1948.

BORD (G.). — *Règlement judiciaire et liquidation des biens*, Dalloz, Droit usuel, 1969.

— *Domaine d'application du droit de la faillite aux personnes morales*, Bordeaux, 1977, dactyl.

BOUCOURECHLIEV (J.). — *Pour une S.A.R.L. européenne*, P.U.F., 1973.

BOURGEAUX (J.). — *La direction des sociétés anonymes. Etude sociologique*, th. Lyon II, 1973.

BRIMO (A.). — *Les méthodes des sciences sociales*, Précis Domat, 1972.

BURGARD (J.). — *Direction générale et direction technique des sociétés anonymes*, L.G.D.J.

CAMBAR (P.). — *Les incidences fiscales de la mise en société d'une entreprise*, th. Bordeaux, 1974.

CAPITANT (R.). — *Ecrits politiques* 1960-1970, Paris, Flammarion, 1971.

CAZALS (J.). — *Age et droit privé*, th. Paris II, 1976, dactyl.

CHAMPAUD (C.). — *Le pouvoir de concentration dans la société par actions*, B.D.C., n° 5.

CHAMPAUD (C.) et PAILLUSSEAU (J.). — *L'entreprise et le droit commercial*, Dossier U 2, Armand Collin, 1970.

CHASSAGNON (A.). — *L'administrateur provisoire de sociétés commis par justice*, th. Paris, 1954.

CIRON (P.). — *La stabilité des fonctions des dirigeants sociaux dans les sociétés commerciales*, th. Bordeaux, 1975, dactyl.

COFFY (M.-J.). — *Le recrutement des dirigeants de société anonyme en droit français et en droit allemand*, th. Strasbourg, 1973, dactyl.

COHEN (M.). — *Le droit des comités d'entreprise*, L.G.D.J., 1975.

CONTIN (R.). — *Le contrôle de la gestion des sociétés anonymes*, Bibliothèque de droit de l'entreprise, n° 5, préf. R. Percerou, av.-prop. Cl. Champaud, 1975.

COT (J.-P.) et MOUNIER (J.-P.). — *Pour une sociologie politique*, Le Seuil, 1974, t. 1.

COULOMBEL (P.). — *Le particularisme de la condition juridique des personnes morales de droit privé*, th. Nancy, 1950.

CROZIER (M.) et FRIEDBERG (E.). — *L'acteur et le système*, Le Seuil, 1977.

De BUTTET (Ch.). — *L'administration provisoire*, th. Lyon, 1970, dactyl.

DERRIDA (F.). — *La réforme du règlement judiciaire et la faillite*, Paris, Defrénois, 1969.

DESPAX (M.). — *L'entreprise et le droit*, B.D.P., t. 1.

DESQUEYRAT. — *L'institution, le droit objectif et la technique positive,* th. Paris, 1934.
DIENER (P.). — *Le silence et le droit,* th. Bordeaux, 1975, dactyl.
DJIAN (Y.). — *Le contrôle de la direction des sociétés anonymes dans les pays du Marché Commun,* B.D.C., n° 12.
DU CHEYRON DU PAVILLON (A.) — *L'agrément d'un associé,* th. Bordeaux, 1972, dactyl.
DUROUDIER (R.) et KUHLEWEIN (R.). — *La loi allemande sur les sociétés par actions,* Sirey, 1954.
EASTON (D.). — *Analyse du système politique,* Armand Colin, 1974, trad. P. Rocheron.
EMERY (F.). — *Qu'est-ce que la cogestion ?* Ed. Techn. et économiques, 1969.
FARJAT (G.). — *L'ordre public économique,* B.D.P., t. XXXVII.
GAILLARD (E.). — *La société anonyme de demain : la théorie institutionnelle et le fonctionnement de la société anonyme,* th. Paris, 1932.
GARCIN (W.). — *Aperçu du régime des sociétés de capitaux et des entreprises liées en Allemagne,* coll. Jupiter, 1967.
GARRIGOU-LAGRANGE (A.). — *Systèmes et structures,* Précis Dalloz, 1965.
GÉGOUT (M.). — *Filiales et groupements de sociétés,* th. Paris, 1929.
GOUNOT (E.). — *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé. Etude critique de l'individualisme juridique,* th. Dijon, 1912.
GOURLAY (P.-G.). — *Le conseil d'administration de la société anonyme, Organisation et fonctionnement,* B.D.C., n° 24.
GUILBERTEAU (M.). — *Les garanties conférées par une société anonyme dans le cadre de la législation du 24 juillet* 1966, th. Paris, 1971.
GUYENOT (J.). — *Les contrats de concession exclusive,* B.D.C., n° 16.
— *Les contrats de groupement d'intérêt économique,* L.G.D.J., 1970.
GUYON (Y.) et COQUEREAU (P.). — *Le groupement d'intérêt économique,* Dalloz, 2e éd., 1973.
HAMELIN (J.). — *Nouvel abrégé des règles de la profession d'avocat,* Dalloz, 1968.
HAMIAUT (M.). — *La réforme des sociétés commerciales,* 3 vol., Dalloz, 1969.
HAUSER (J.). — *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique,* B.D.P., t. CXVII, 1971.
HÉMARD (J.), TERRÉ (F.) et MABILAT (P.). — *La réforme des sociétés commerciales, décret n° 67-236 du 23 mars* 1967, Dalloz, 1967.
HÉQUARD-THÉRON (M.). — *Essai sur la notion de réglementation,* Bibl. Dr. Pub., t. 126, préf. J.-A. Mazères.
HERLIN (X.). — *Les expériences allemandes de cogestion,* Paris, 1958.
HOUIN (B.). — *La rupture unilatérale des contrats synallagmatiques,* th. Paris, 1974, dactyl.
HUMBLE (J.). — *L'audit social au service d'un management de survie,* trad. J.-M. Caroit, Dalloz, 1975.
ITHURBIDE (R.). — *Histoire critique des Tribunaux de Commerce,* L.G.D.J., 1970.
LACOMBE (J.). — *Les réserves dans les sociétés par actions,* th. Nancy, 1962.
LAPIERRE (J.-W.). — *L'analyse des systèmes politiques,* P.U.F., coll. Sup., 1973.
LAVROFF (D. G.). — *Le système politique français,* Précis Dalloz, 1975.
Lefebvre fiscal, années 1974, 1975 et 1976.
LEGAL (A.) et BRETHE DE LA GRESSAYE (J.). — *Le pouvoir disciplinaire dans les institutions privées,* Sirey, 1938.
LESOURNE (J.). — *Les systèmes du destin,* Dalloz, 1976.
LOICHOT (M.). — *La réforme pancapitaliste,* Paris, R. Laffont, 1966.
MÉLÈSE (J.). — *La gestion par les systèmes. Essai de praxéologie,* Hommes et Techniques, 1968.

MERLE (Ph.) et CHEVALLIER-MERLE (E.). — *L'application jurisprudentielle de la loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales*, Dalloz, 1976.
MICHOUD (L.). — *Théorie de la personnalité morale*, 3e éd. par L. Trotabas, Pichon et Durand-Auzias, 1924.
NOCQUET (Ph.). — *Le critère de la dimension dans les sociétés commerciales*, th. Paris, 1967, dactyl.
NOIREL (J.). — *La société anonyme devant la jurisprudence moderne*, th. Paris, 1958.
PAILLUSSEAU (J.). — *La société anonyme, technique d'organisation de l'entreprise*, B.D.C., n° 18.
PAYEN (F.) et DUVAU (G.). — *Les règles de la profession d'avocat et les usages du barreau de Paris*, 3e éd. par J. Lemaire, L.G.D.J., 1975.
PÉLISSIER (J.). — *La réforme du licenciement*, Dalloz, 2e éd., 1977.
PERCEROU (R.). — *La personne morale de droit privé, patrimoine d'affectation*, th. Paris, 1951.
PIÉDELIÈVRE (B.). — *Situation juridique et responsabilité des dirigeants de sociétés anonymes après la loi du 24 juillet 1966*, Paris, Dunod, 1967.
RAVALEC (J.-P.). — *L'administrateur judiciaire près le Tribunal de Commerce*, Dalloz, Droit usuel, 1972.
RENARD (G.). — *La théorie de l'institution. Essai d'ontologie juridique*, th. Paris, 1930.
RIEG (A.). — *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, B.D.P., t. XIX.
RIPERT (G.). — *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, Paris, L.G.D.J., 1948, 2e éd.
ROUBIER (P.). — *Théorie générale du droit*, Sirey, 1951.
— *Le droit transitoire*, Dalloz et Sirey, 2e éd., 1960.
ROUJOU DE BOUBÉE (G.). — *Essai sur l'acte juridique collectif*, B.D.P., t. XXVII, 1961.
ROUHETTE (G.). — *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, th. Paris, 1965, dactyl.
SALEILLES (R.). — *De la personnalité juridique. Histoire et théories*, Paris, 1910.
SCHMIDT (D.). — *Les droits de la minorité dans la société anonyme*, B.D.C., n° 21.
SERRA (Y.). — *L'obligation de non-concurrence*, B.D.C., n° 23.
SERVAN-SCHREIBER (J.-L.). — *L'entreprise à visage humain*, Paris, R. Laffont, coll. « Libertés 2000 », 1973.
SOLUS (H.). — *La réforme du droit des sociétés par les décrets-lois de 1935 et 1937*, Paris, Sirey, 1938.
TUNC (A.). — *Le droit anglais des sociétés anonymes*, Dalloz, 1971.
VAISSE (S.). — *La loi de la majorité dans les sociétés anonymes*, th. Paris, 1967, dactyl.
VEAUX (D.). — *La renaissance de la responsabilité dans les sociétés commerciales*, th. Rennes, 1947.
VENE (A.). — *La lutte du pouvoir et de l'argent dans les sociétés par actions*, Paris, 1972.
VIGREUX (P.). — *Les droits des actionnaires dans les sociétés anonymes. Théorie et réalité*, Paris, 1953.
VON BERTALANFFY (L.). — *Théorie générale des systèmes*, Paris, Dunod, 1973.
ZUMSTEIN (J.). — *Du caractère institutionnel de la société anonyme*, th. Lausanne, 1954.
Ouvrages collectifs : *Dynamique de l'auto-réforme de l'entreprise*, Masson, 1976.
— *Le droit des groupes de sociétés. Analyse. Propositions. Fondation nationale pour le droit de l'entreprise*, Librairies techniques, 1972.

III. — CHRONIQUES, ARTICLES, CONCLUSIONS, RAPPORTS NOTES ET OBSERVATIONS

A. — *Etudes centrées sur la société anonyme à directoire.*

BOUSQUET (J.-C.). — Note sous Douai 17 juin 1976, *D.* 1977, 518.

BURGARD (J.). — Une nouvelle forme de gestion des sociétés anonymes, *Rev. Soc.* 1968, 249.

— Heurs et malheurs de la société anonyme à directoire, *Rev. Jur. Com.* 1975, 279.

BURST (J. J.). — Notes sous : T. Com. Paris 5 juil. 1972, *Rev. Soc.* 1973, 668.

— Rennes 28 mars 1973, *Rev. Soc.* 1974, 708.

— Douai 17 juin 1976, *Rev. Soc.* 1977, 266.

CAUSSAIN (J.-J.). — *J.-Cl. Sociétés :*

— Fasc. 133-C, directoire.

— Fasc. 133-D, conseil de surveillance.

— Le rapport Sudreau et la société anonyme à directoire, Droit et Economie, 1975, p. 29.

— La société à directoire. Bilan et perspectives, *J.C.P.* 1977, éd. C.I., 12451.

CHASSERY (H.). — Les attributions du conseil de surveillance, *Rev. Trim. Dr. Com.* 1976, p. 449.

COFFY (M.-J.). — Le nouveau type d'administration des sociétés anonymes, *J. Not.* 1971, art. 50309, p. 1233.

CONTIN (R.) et DESLANDES (M.). — Interrogations sur la société anonyme à directoire, *D.* 1977, Chron. 295.

CRUÈGE (M.-D.). — La dualité des organes de contrôle dans les sociétés anonymes à directoire, *Rev. Soc.* 1975, 421.

DELAISI (P.). — Articles à l'*Encyclopédie Dalloz* (v. R. Plaisant).

— Note sous T. Com. Paris 5 juil. 1972, *Gaz. Pal.* 1973, 1, 298.

DURAND (P.). — Vorstand, Aufsichtsrat, directoire et conseil de surveillance, *J.C.P.* 1968, éd. C.I., 83447 (avec H. Karsten-Schmidt).

FAHIM (M.). — Le directoire dans les sociétés anonymes soumises aux articles 118 à 150 de la loi du 24 juillet 1966, *Rev. Soc.* 1969, 57.

GALIMARD (M.). — La responsabilité civile des membres du conseil de surveillance en cas de liquidation de biens de la société, *Gaz. Pal.* 25 avril 1976.

GUÉRIN (H.). — Note sous Paris 8 nov. 1976, *J.C.P.* 1977, II, 18745.

GUYENOT (J.). — La responsabilité civile des membres du conseil de surveillance des sociétés anonymes, *Petites Affiches* 1976, n°s 83 à 86.

HOUIN (R.). — Chroniques à la *Revue Trimestrielle de Droit Commercial,* tout particulièrement : 1972, 921; 1973, 575 et s.; 1974, 298; 1976, 145 et 553; 1977, 548.

LEBLOND (J.). — Du cumul des fonctions de membre du conseil de surveillance et de la situation de retraité d'une société anonyme, *Gaz. Pal.* 2-4 mai 1976.

LECOMPTE (H.). — La société anonyme avec directoire, *Rev. Trim. Dr. Com.* 1968, p. 243.

— Etude de divers problèmes concernant le fonctionnement des sociétés avec directoire, *Mél. Bastian,* t. 1, p. 145; *J. Soc.* 1973, p. 263.

— A propos de la révocation des membres du directoire, *J. Soc.* 1974, p. 65.

LOPEZ AUFRANC (P.). — L'administration de la société anonyme en droit argentin, *Rev. Soc.* 1978, 228.

PIÉDELIÈVRE (B.). — Le directoire et le conseil de surveillance des sociétés anonymes de type nouveau, *Gaz. Pal.* 1968, 1, Doctr. 94.

PLAISANT (R.). — V° *Directoire et conseil de surveillance, Encycl. Dalloz,* Rép. Sociétés (avec P. Delaisi).
SINAY (R.). — La société anonyme de type nouveau du projet de loi français sur les sociétés commerciales, *Gaz. Pal.* 1966, 1, Doctr. 50.
SOLAL (A.). — Note Paris 8 juil. 1975, *Gaz. Pal.* 28-29 janv. 1976.
SYNVET (H.-M.). — Note sous T. Com. Paris 5 juil. 1972 et Rennes 28 mars 1973, *J.C.P.* 1974, II, 17743.
VASSEUR (M.). — Note sous Com. 9 mai 1978, *D.* 1978, 419.
A.P.S. — Note sous Douai 17 juin 1976, *Gaz. Pal.* 25-26 mars 1977.
J.G. — Note sous Paris 8 juil. 1975, *Rev. Soc.* 1976, 114.
J.H. — Note sous Paris 8 nov. 1976, *Rev. Soc.* 1978, 98.

B. — *Autres études.*

ADAM (G.). — Les institutions représentatives du personnel en France. Bilan et perspectives (avec M. Lucas), *Dr. Soc.* 1976, 79.
ALIBERT (B.). — La pluralité de gérants dans les sociétés à responsabilité limitée, *Rev. Soc.* 1975, p. 605.
— La réforme du conseil de prud'hommes : des avant-projets et un projet rétro, *J.C.P.* 1978, éd. C.I., 12770.
ALLIOT (M.). — La faillite personnelle et les autres sanctions civiles, article publié dans un ouvrage sous la direction du doyen R. Rodière : Faillites, banqueroute, liquidation des biens, faillite personnelle, *Dalloz,* 1970, p. 391.
A.N.S.A. (Association Nationale des Sociétés par Actions). — Brochures n° 89 de 1951 et n° 105 de 1955 (Rémunérations des dirigeants sociaux, par M. G. Lagarde).
Communications de :
— Juin 1968, n° 170 (formule de statuts de société anonyme à directoire).
— Janvier 1971, n° 1481 (limite d'âge des dirigeants sociaux);
— Octobre 1973, n° 1615 (cumul de sièges);
— Janvier 1976, n°s 1723 et 1724 (suppression des tantièmes);
— Mars 1976, n° 1736 (déductibilité des jetons de présence).
AUBERT (J.-L.). — La révocation des organes d'administration des sociétés commerciales, *Rev. Trim. Dr. Com.* 1968, 977.
AUDINET (J.). — Une réforme imparfaite : la loi du 13 juillet 1973 sur le licenciement, *J.C.P.* 1974, éd. C.I., 11279.
AUSSÉDAT (J.). — *Rapport au* 64e *Congrès des Notaires* (Royan, 1966), t. 1, p. 214.
— Société unipersonnelle et patrimoine d'affectation, *Rev. Soc.* 1974, 221.
BADINTER (R.). — Les pouvoirs du « P.D.G. » dans la société anonyme de type classique après la réforme des sociétés commerciales, *D.* 1969, Chron. 185.
BARBRY (P.). — Notes sous :
— Cass. 4 juin 1946, *S.* 1947, 1, 153.
— Amiens 4 avril 1951, *S.* 1952, 1, 9.
BARDOUL (J.). — Le cumul de la direction générale et d'une direction technique dans une société anonyme, *D.* 1964, Chron. 273.
BASTIAN (D.). — Du cumul des fonctions d'administrateur et de directeur technique, *J.C.P.* 1941, I, 188.
— La réforme du droit des sociétés par la loi du 4 mars 1943, 1, 348.
— La communication au comité d'entreprise de renseignement d'ordre financier, *J. Soc.* 1948, 329.
— La réforme du droit des sociétés commerciales :
Ire partie, *J.C.P.* 1967, I, 2121.
IIe partie, *J.C.P.* 1968, I, 2183.

J.-Cl. Sociétés :
— Fasc. 130-1, Nombre d'administrateurs, modes de nomination.
— Fasc. 130-2, Conditions de nomination des administrateurs.
— Fasc. 130-3, Mandat des administrateurs.
— Fasc. 130-4, Rémunérations des administrateurs.
— Fasc. 130-5, Contrats entre les administrateurs et la société.
— Fasc. 131, Conseil d'administration.
— Fasc. 133-A, Président-directeur général.
— Fasc. 133-B, Directeurs, comités.
Notes sous :
— Cass. 4 juin 1946, *J.C.P.* 1947, II, 3518.
— Paris 21 janv. 1948, *J.C.P.* 1948, II, 4407.
— Com. 10 mai 1948, *J.C.P.* 1949, II, 4937.
— Paris 15 févr. 1950, *J.C.P.* 1950, II, 5544.
— Amiens 4 avril 1951, *J.C.P.* 1952, II, 7124.
— Paris 9 janv. 1952, *J.C.P.* 1952, II, 6970.
— Com. 3 mai 1954, *J.C.P.* 1954, II, 8257.
— Paris 24 oct. 1960, *J.C.P.* 1961, II, 11972.

Batiffol (H.). — La « crise du contrat » et sa portée, *Archives de Philosophie du Droit,* 1968, t. XIII, p. 13.

Baudeu (G.). — *J.-Cl. Sociétés,* fasc. 164-E, Fusions par absorption, effets (avec G. Bellargent).

Béguin (J.). — Rapport de synthèse du 64e Congrès des Notaires de Royan, Sirey éd.

Bellargent (G.). — *J.-Cl. Sociétés,* fasc. 164-E, Fusions par absorption, effets (avec G. Baudeu).

Bernard (N.). — Notes sous :
— Com. 31 janv. 1968, *J.C.P.* 1968, II, 15609.
— Paris 15 mars 1968, *J.C.P.* 1969, II, 15814.
— Com. 6 mai 1974, *J.C.P.* 1975, II, 18000.

Berr (C.-J.). — La place de la notion de contrôle en droit des sociétés, *Mél. Bastian,* t. 1, p. 1.
— Obs. sous Civ. 1re, 14 déc. 1976, *D.* 1977, I.R., 180 (avec H. Groutel).

Bézard (P.). — *J.-Cl. Sociétés,* fasc. 74-1, Gérance de la S.A.R.L.

Blanc-Jouvan (X.). — V° *Entreprise, Encycl. Dalloz,* Rép. Droit du Travail.

Blanquet (F.). — Considérations relatives à la place du salarié dans les organes de la société anonyme, *J.C.P.* 1973, I, 2560.

Bois (P.). — Les comités d'entreprise. Un espoir longtemps déçu peut-il renaître ? *Dr. Soc.* 1969, 91.

Boitard (M.). — Obs. sous Com. 7 avril 1967, *Rev. Trim. Dr. Com.* 1968, 319.

Bonnetête (M.-C.). — La réforme du licenciement à travers la loi du 13 juillet 1973, *Dr. Soc.* 1973, 493 (avec G. Lyon-Caen).
— De la notion de faute à la notion de cause, *D.* 1974, Chron. 191.
— La notion de cause réelle et sérieuse dans la loi du 13 juillet 1973 sur la résiliation du contrat de travail à durée indéterminée : bilan de la nouvelle jurisprudence, *Rev. de l'Etudiant en droit* 1976, n° 5, p. 161.

Bord (G.). — L'entreprise : mythe ou réalité, *Rev. Agréés* 1970, 167.

Bouloc (B.). — Notes sous :
— Crim. 5 févr. 1970, *Rev. Soc.* 1970, 656.
— Crim 15 mai 1974, *Rev. Soc.* 1974, 752.
— Crim. 12 mai 1976, *Rev. Soc.* 1977, 117.

Bourcart (J.). — La direction des sociétés par actions (observations sur le droit allemand comparé au droit français), *J. Soc.* 1922, p. 289.

Bousquet (J.-C.). — Chroniques de jurisprudence de droit des sociétés au *Recueil Dalloz,* Informations Rapides.

— Notes sous :
Com. 17 févr. 1975, *D.* 1975, 466.
Nancy 26 févr. 1975, *D.* 1975, 653.
Com. 22 avril 1976, *D.* 1977, 4.
Com. 10 mars 1976, *D.* 1977, 455.
Amiens 10 mars 1977, *D.* 1978, 199.

Brèthe de La Gressaye (J.). — Les transformations juridiques de l'entreprise patronale, *Dr. Soc.* 1939, p. 1.
— La réforme des comités d'entreprise, *J.C.P.* 1946, I, 570.
— L'influence des idées du doyen Duguit sur le droit privé. *Rev. Juridique et Economique du Sud-Ouest,* série juridique, 1959, 205.
— *Encycl. Dalloz,* v° *Institution.*
— Souvenirs d'un civiliste (1912-1965), *Rev. Trim. Dr. Civ.* 1975, 660.

Brière de L'Isle (G.). — *Encycl. Dalloz,* v° *Président-Directeur général.*

Broderick (J.-A.). — La notion d'institution de Maurice Hauriou dans ses rapports avec le contrat en droit positif français, *A.P.D.*, t. XIII, 1968, p. 143.

Brun (A.). — Le lien d'entreprise, *J.C.P.* 1962, I, 1719.

Brunois (R.). — Les entreprises en difficulté. A quand une solution ? *Gaz. Pal.* 3-4 juil. 1974.

Burgard (J.). — Conseil d'administration et comité d'entreprise, *Rev. Soc.* 1961, 379.
— Nécessités économiques et évolution du droit des sociétés, *Rev. Soc.* 1969, 109.
— L'âge des dirigeants, *Rev. Soc.* 1971, 141.
— Les assemblées en duplex, *Rev. Soc.* 1973, 293.

Burst (J. J.). — Notes sous :
— Limoges 19 mars 1971, *J.C.P.* 1972, II, 17029.
— T. Com. Nantes 31 janv. 1974, *Rev. Soc.* 1974, 737.
— Lyon 22 juin 1976, *Rev. Soc.* 1977, 477.

Calais-Auloy (J.). — Note sous Com. 7 avril 1967, *D.* 1968, 61.

Camerlynck (G.-H.). — Le transfert du salarié, *D.* 1966, Chron. 133.

Canac (A.). — La surveillance des opérations d'initiés et le marché boursier, *Gaz. Pal.* 1971, 1, Doctr. 181.

Carteron (J.). — La cogestion, *Rev. Agréés* 1967, 447.

Castro (L.). — Deux ouvrages récents sur l'idée de contrat, *A.P.D.* 1968, t. XIII, p. 51.

Catala (N.). — La situation des dirigeants de sociétés au regard de la Sécurité sociale, *Mél. Cabrillac* 1968, p. 81 et s.

Catala (Th.). — Le statut des sociétés anonymes européennes selon la proposition de la commission des Communautés européennes (avec K. Gleichmann), *Rev. Soc.* 1972, p. 1.

Champaud (Cl.). — Contribution à la définition du droit économique, *D.* 1967, Chron. 215.
— Méthodes de groupements des sociétés, *Rev. Trim. Dr. Com.* 1967, 1003.
— La situation personnelle des dirigeants de sociétés de famille, *Mél. Bastian,* t. 1, p. 48.
— Le droit social et les groupements d'entreprises, *Cahiers de droit de l'entreprise* 1977, n° 1 (avec M. Despax).
— Chroniques de droit des sociétés à la *Revue Trimestrielle de Droit Commercial.*

Chartier (Y.). — Note sous Com. 10 mars 1976, *Rev. Jur. Com.* 1977, 178.

Chassagnon (A.). — *Encycl. Dalloz,* Sociétés, v° *Administrateur provisoire* (avec P. Desmottes).

COHEN (M.). — Les attributions du comité d'entreprise dans le domaine professionnel et économique, *Rev. Prat. Dr. Soc.* n° 345, janv. 1974.

COING (H.). — La participation des travailleurs à la direction des entreprises d'après la législation allemande, *Dr. Soc.* 1971, 30.

CONTIN (R.). — L'arrêt Fruehauf et l'évolution du droit des sociétés, *D.* 1968, Chron. 45; *Rev. Soc.* 1968, 363.

— La cession de contrôle d'une société (à propos d'un important arrêt de la cour d'appel de Rennes), *J.C.P.* 1969, I, 2287 (avec J. Paillusseau).

— L'autonomie patrimoniale des sociétés. Réflexions sur les finalités d'une organisation juridique des groupes, *D.* 1971, Chron. 469 (avec H. Hovasse).

— Les données et critères de l'intervention judiciaire dans les entreprises en difficulté, *Rev. Jur. Com.* 1976, 296.

Notes sous :

— Paris 22 mai 1965, *D.* 1968, 147.

— Rennes 23 févr. 1968, *J.C.P.* 1969, II, 16112 (avec J. Paillusseau).

COQUEREAU (P.). — Le nouveau statut des commissaires aux comptes de sociétés, *J.C.P.* 1969, I, 2290 (avec Y. Guyon).

CORDONNIER (P.). — L'usage des pouvoirs en blanc dans les assemblées d'actionnaires, *J. Soc.* 1934, 417.

— L'objet social, *D.* 1952, Chron. 171.

COUDERT (M.-A.). — Note sous Rennes 25 févr. 1972, *Rev. Soc.* 1974, 101.

COUSTE (P.-B.). — Vers un nouveau statut des groupes de sociétés, *Gaz. Pal.* 25-27 mai 1975.

DALSACE (A.). — L'influence de la création des comités d'entreprise sur le droit français des sociétés anonymes, *Rev. Soc.* 1946, 122.

— Les rémunérations exceptionnelles des administrateurs de sociétés anonymes, *J.C.P.* 1962, I, 1693.

— Aperçu critique sur le projet de loi des sociétés commerciales, *Banque* 1964, 655; *Rev. Soc.* 1965, p. 1.

— L'administration et la direction des sociétés anonymes et le projet de loi sur les sociétés commerciales, *Rev. Trim. Dr. Com.* 1965, 13.

— Observations sur la loi sur les sociétés commerciales, *Rev. Soc.* 1967, 119.

Notes sous :

— Paris 4 mai 1960, *D.* 1960, 637.

— Paris 24 oct. 1960, *D.* 1961, 97.

— T.G.I. Seine 22 juin 1966, *D.* 1967, 34.

DE BERMOND DE VAULX (J.-M.). — L'usage de la notion de contrôle par le conseil d'administration ou le directoire dans les sociétés anonymes, *J.C.P.* 1970, I, 2366.

DE BUTTET (Ch.). — Obs. sous T. Com. Toulouse 24 mai 1972, *Rev. Soc.* 1973, 83.

DELAISI (P.). — *Encycl. Dalloz*, Sociétés, v° *Administrateurs;* v° *Conseil d'administration;* v° *Directoire et conseil de surveillance* (avec R. Plaisant).

— Le cumul dans la législation actuelle d'un mandat social et d'un emploi salarié au sein d'une même société anonyme, *Gaz. Pal.* 1975, 1, Doctr. 90.

— L'affaire Agache-Willot et le problème général des groupes de sociétés, *Gaz. Pal.* 11 juin 1975.

— Le rôle des organes de contrôle dans la société anonyme actuelle, *Rev. Fr. Compta.* 1975, 99.

— Note sous T. Com. Paris 3 juil. 1972, *Gaz. Pal.* 1973, 1, p. 298.

DELMAS-MARTY (M.). — Le « délit des initiés » va-t-il changer la Bourse ? Bilan après un an d'application judiciaire de l'article 10-1, al. 1er, de l'ordonnance du 28 septembre 1967, *D.* 1977, Chron. 91.

— Les délits financiers commis dans le cadre des sociétés commerciales, *D.* 1978, Chron. 87.

DELMOTTE (G.). — Nouveau projet de loi tendant à améliorer le droit des sociétés commerciales, *J. Not.* 1977, n° 2, p. 86 et s.

DELVOLVE (J.-L.). — Le statut du président-directeur général est-il soumis à l'art. 40 de la loi du 24 juillet 1867 ? *D.* 1964, Chron. 287.

DEMOGUE (R.). — Capacité d'acquérir des associations déclarées, *Rev. Trim. Dr. Civ.* 1931, p. 1.

DERRIDA (F.). — De la nature juridique des sociétés par intérêt depuis la loi du 24 juillet 1966, *Mél. Audinet* 1967, 43.

— Un vide législatif à combler, *D.* 1968, Chron. 95.

— Vers la sécurité sociale des salaires ? *D.* 1974, Chron. 119.

— A propos de la faillite personnelle, *D.* 1975, Chron. 201.

— Note sous Com. 18 avril 1969, *Rev. Soc.* 1970, 95.

DERRUPPÉ (J.). — Le régime nouveau des sociétés commerciales, *Gaz. Pal.* 1966, 2, Doctr. 141.

— Le sort de la société commerciale qui n'a plus qu'un seul associé, *Mél. Bastian,* t. 1, p. 57.

— *Encycl. Dalloz,* Sociétés, v° *Commandite par actions.*

— Note sous Com. 10 mars 1976, *Rép. Defrénois* 1977, 1233.

DESMOTTES (P.). — *Encycl. Dalloz,* Sociétés, v° *Administrateur provisoire* (avec A. Chassagnon).

DE SOLA CANIZARES (F.). — Le caractère institutionnel de la société de capitaux, *Rev. Soc.* 1950, 351.

— Le critère de la dimension dans les sociétés commerciales, *Rev. Trim. Dr. Com.* 1950, 364.

DESPAX (M.). — La vie extra-professionnelle du salarié et son incidence sur le contrat de travail, *J.C.P.* 1963, I, 1776.

— Groupes de sociétés et institutions représentatives du personnel, *J.C.P.* 1972, I, 2645.

— Le droit social et les groupes d'entreprises, *Cahiers de droit de l'entreprise* 1977, n° 1 (avec C. Champaud).

DIDIER (Paul). — Esquisse de la notion d'entreprise, *Mél. Voirin,* 209.

DI VITTORIO (J.). — Les pouvoirs de l'assemblée générale extraordinaire, *Bull. Inf. Soc.* 1975, p. 563.

— La délégation de pouvoirs au conseil d'administration pour l'émission d'emprunts obligataires, *Bul. Inf. Soc.* 1976, p. 347.

DOLL (P.-J.). — Les récentes modifications légales simplifiant et complétant la procédure pénale, le régime des peines et leur exécution, ainsi que le Code de Justice Militaire, *Gaz. Pal.* 1973, 1, Doctr. 70.

DOUSSET (Y.). — L'ébauche de la jurisprudence en matière d'usage d'informations privilégiées sur le marché boursier, *Gaz. Pal.* 13-15 mars 1977.

DU CHEYRON DU PAVILLON (A.). — Note sous Com. 24 février 1975, *Rev. Jur. Com.* 1976, 167.

DUCOULOUX-FAVARD (C.). — Un exemple d'écueil possible pour le comparatiste : la nature juridique du contrat de société, *Rev. Soc.* 1966, p. 1.

— Les travailleurs face à la gestion en droit français et en droit allemand, *I.C.E.* 1975, 10.

DU PONTAVICE (E.). — Les tâches des commissaires aux comptes depuis la loi du 24 juillet 1966 et les décrets du 23 mars et du 6 juin 1967 et l'ordonnance du 23 septembre 1967, *Rev. Soc.* 1968, p. 1.

— Le cumul d'un contrat de travail avec la qualité d'organe de la société, *J. Not.* 1971, art. 50256.

— Le commissaire aux comptes et la défense de s'immiscer dans la gestion, *Bul. Cons. Nat. Com. aux comptes* 1972, n° 5, p. 75.

— Le principe de non-immixtion dans la gestion à l'épreuve des faits, *Rev. Soc.* 1973, 601.
— La certification par le commissaire aux comptes, *Et. Jauffret* 1974, p. 578.
— La fixation de la rémunération des organes de direction et de surveillance de la société anonyme, *Mél. Bastian*, t. 1, p. 177 et s.
— Le commissaire aux comptes et la certification, *Rev. Soc.* 1976, p. 257.

DURAND (P.). — Aux frontières du contrat et de l'institution : la relation de travail, *J.C.P.* 1944, I, 387.
— Rapport sur la notion juridique d'entreprise, *Tx Assoc. H. Capitant*, Dalloz, 1947.
— La personnalité juridique des comités d'établissement, *Dr. Soc.* 1951, 26.

DUROUDIER (R.). — Caractéristiques essentielles de la réforme allemande de 1965 sur les sociétés par actions, *Gaz. Pal.* 1966, 2, Doctr. 106 (avec R. Kuhlewein).

EHRET (R.). — Géronte et les dirigeants de S.A.R.L. : débats parlementaires autour de l'âge-limite, *Rev. Soc.* 1971, 12.

EINMAHL (J.). — La réforme du droit des sociétés par actions en Allemagne, *Rev. Trim. Dr. Com.* 1968, 563.

FOSSEREAU (J.). — Le vote au conseil d'administration, *Rev. Trim. Dr. Com.* 1965, 322.

FOYER (J.). — La réforme du titre IX du livre III du Code Civil, *Rev. Soc.* 1978, 1.

FREYRIA (Ch.). — La jurisprudence sur les conventions portant atteinte à la liberté du vote dans les sociétés, *Rev. Trim. Dr. Com.* 1951, 419.
— Problématique des pouvoirs économiques des comités d'entreprise, *Mél. A. Brun*, 209.
— Bilan juridique des fonctions économiques des comités d'entreprise, *Et. G.-H. Camerlynck*, 273.

GAVALDA (Ch.). — Droits et devoirs des initiés dans les sociétés par actions. Un exemple de la collaboration entre la Commission des Opérations de Bourse et la justice pénale. *Rev. Soc.* 1976, 589.

GENSBURGER (J.). — Note sous T. Com. Lille 20 et 24 mars 1970, *J.C.P.* 1970, II, 16388.

GERBAY (Ph.). — Un exemple de la contribution apportée par le droit fiscal au droit des sociétés (les rémunérations perçues par les dix ou cinq personnes les mieux rémunérées de la société anonyme), *Rev. Soc.* 1977, 19.

GERMAIN (M.). — L'abus du droit de la majorité, à propos de l'arrêt du 22 avril 1976 de la Chambre commerciale de la Cour de Cassation, *Gaz. Pal.* 25-26 mars 1977.

GIVERDON (C.). — *Encycl. Dalloz*, v° *Mandat commercial.*
— Observations sur une réforme. A propos de la loi du 31 décembre 1971, *D.* 1972, Chron. 103.

GLEICHMANN (K.). — La société anonyme européenne, *Rev. Soc.* 1972, 1 (avec T. Catala).

GORÉ (F.). — La réforme des sociétés commerciales, *D.* 1967, Chron. 121 (avec R. Houin).

GOURLAY (P.-G.). — Note sous Com. 21 juil. 1975, *D.* 1976, 207.

GRELO (J.-P.). — La notion de groupe en droit fiscal, *J.C.P.* 1969, C.I., 87102.

GROSLIÈRE (J.-C.). — Les garanties professionnelles des dirigeants de sociétés commerciales, *D.* 1963, Chron. 184.

GROUTEL (H.). — Obs. sous Civ. 1re, 14 déc. 1976, *D.* 1977, I.R., 180 (avec C.-J. Berr).

GUILBERTEAU. — Note sous Limoges 19 mars 1971, *Rev. Soc.* 1972, 487.

GUYENOT (J.). — Les conventions d'exclusivité, *Rev. Trim. Dr. Com.* 1961, 513.
— Le régime juridique et fiscal des sociétés participantes d'un groupe, *Gaz. Pal.* 3 mai 1973.
— L'adaptation du droit des sociétés aux réalités de l'entreprise selon le rapport Sudreau, *Gaz. Pal.* 5 et 8 oct. 1975.
— Nouveau régime fiscal des jetons de présence et suppression des tantièmes, *Gaz. Pal.* 22 juin 1976.

GUYON (Y.). — Le nouveau statut des commissaires aux comptes des sociétés, *J.C.P.* 1969, I, 2290 (avec P. Coquereau).
— Les missions des administrateurs provisoires de sociétés, *Mél. Bastian*, t. 1, p. 103.
— L'indépendance des commissaires aux comptes, *J.C.P.* 1977, I, 2831.
J.-Cl. Sociétés :
— Fasc. 133-E, Administration judiciaire.
— Fasc. 134-A, Le statut des commissaires aux comptes.
— Fasc. 134-B, Mission et responsabilité des commissaires aux comptes.
Notes sous :
— Rouen 25 sept. 1969, *J.C.P.* 1970, II, 16219.
— Com. 29 mai 1972, *J.C.P.* 1973, II, 17337.
— Com. 6 mai 1974, *D.* 1975, 102.

HAMEL (J.). — La responsabilité individuelle ou solidaire des membres du conseil d'administration dans les sociétés anonymes, *Rev. Soc.* 1923, 132.
— La personnalité morale et ses limites, *D.* 1949, Chron. 141.

HAURIOU (M.). — L'institution et le droit statutaire, *Rec. Acad. Législ. Toulouse*, 1906.
— La théorie de l'institution et de la fondation, *Cahiers de la Nouvelle Journée*, La cité moderne et les transformations du droit, 1925, p. 1.

HÉBRAUD (P.). — Maurice Hauriou et les civilistes, *Rec. Acad. Législ. Toulouse* 1967, p. 38.

HÉMARD (J.). — V° *Responsabilité limitée. Encycl. Dalloz*, Sociétés.
— Note sous T. Com. Seine 27 sept. 1946, *J.C.P.* 1947, II, 3411.
Avec F. Terré et P. Mabilat :
— Les dixième et onzième réformes du droit des sociétés commerciales, *Rev. Soc.* 1969, 9.
— La douzième réforme du droit des sociétés commerciales, *Rev. Soc.* 1970, 197.
— La treizième réforme du droit des sociétés commerciales, *Rev. Soc.* 1971, 267; *D.* 1971, Chron. 147.

HERZOG (J.-B.). — Observations sur l'évolution du droit pénal des sociétés, *Rev. Sc. Crim.* 1967, 790 (avec A. Touffait).

HEYMANN (G.). — La sanction de l'abus de droit après la réforme du droit des sociétés, *Gaz. Pal.* 1971, 1, Doctr. 76.

HOFFMANN (D.). — Droit de cogestion des membres du personnel et projet d'extension de la cogestion en R.F.A., *Rev. Soc.* 1974, 457.

HOLLEAUX (A.). — Des réformes en l'air, *Le Monde* 10-11 avril 1977.

HOUIN (R.). — Les groupements d'entreprise vus à l'échelle européenne, *Rev. Int. Dr. Comp.* 1965, 321.
— La réforme des sociétés commerciales, *D.* 1967, Chron. 121 (avec F. Goré).
— *Encycl. Dalloz*, Sociétés, v° *Faillite, règlement judiciaire, liquidation des biens.*
— Chroniques de droit des sociétés à la *Revue Trimestrielle de Droit Commercial.*

HOVASSE (H.). — L'autonomie patrimoniale des sociétés, réflexions sur les

finalités d'une organisation juridique des groupes, *D.* 1971, Chron. 469 (avec R. Contin).

HUBRECHT (G.). — Nouvelles modifications à la loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés concernant l'âge des administrateurs et les acquisitions d'actions par le personnel, *Gaz. Pal.* 1971, 1, Doctr. 178.

JAUFFRET (A.). — Obs. *Rev. Trim. Dr. Com.* 1975, 794.

JEANTET (F.-C.). — Vers un contrôle européen des concentrations faisant obstacle à la concurrence, *J.C.P.* 1974, C.I., 11542.

JEANTIN (M.). — De quelques applications particulières du droit pénal des sociétés au phénomène économique des groupes de sociétés, *D.* 1975, Chron. 7 (avec M. Trochu et D. Lange).

— La réforme du droit des sociétés par la loi du 4 janvier 1978, *D.* 1978, Chron. 173.

KRSJAK (P.). — La cogestion en Allemagne (avec G. Tessari), *Rev. Trim. Dr. Com.* 1966, 999.

— La cogestion en droit allemand à la lumière du rapport Sudreau, *J.C.P.* 1975, C.I., 11760.

KUHLEWEIN (R.). — Caractéristiques essentielles de la réforme allemande de 1965 sur les sociétés par actions, *Gaz. Pal.* 1966, 2, Doctr. 106 (avec R. Duroudier).

LACHAT (S.). — La mise à disposition d'actions de garantie, *Rev. Soc.* 1977, 423.

LAGARDE (G.). — De la société anonyme à l'entreprise publique, *Et. Ripert,* t. II, p. 236.

— *La rémunération des dirigeants de société anonyme,* A.N.S.A., n° 89, 1951, et n° 105, 1955.

— *Encycl. Dalloz,* Sociétés, v° *Comités d'entreprise.*

— Note sous Req. 23 févr. 1944, *S.* 1949, 1, p. 9.

LAMBERT (Av. gén.). — Concl. sous Paris 18 mars 1959, *Gaz. Pal.* 1959, 2, 6.

LAMBERT-FAIVRE (Y.). — L'entreprise et ses formes juridiques, *Rev. Trim. Dr. Com.* 1968, 926.

LANGE (D.). — De quelques applications particulières du droit pénal des sociétés au phénomène économique des groupes de sociétés, *D.* 1975, Chron. 7 (avec M. Trochu et M. Jeantin).

LAPP (Ch.). — La nomination judiciaire des administrateurs de sociétés, *Rev. Trim. Dr. Com.* 1952, 769.

LAURENT (Ph.). — Le salaire des dirigeants sociaux titulaires d'un contrat de travail, *Gaz. Pal.* 1978, n°s 85 à 87.

LAVAU (G.) — La recherche d'un cadre théorique pour l'étude du parti communiste français, *Rev. Fr. Sc. Pol.* vol. XVIII, n° 3.

LEAUTE (J.). — La reconnaissance de la notion de groupe en droit pénal des affaires, *J.C.P.* 1973, I, 2551.

LEBLOND (J.). — De la révocation des gérants de S.A.R.L., *J. Soc.* 1949, p. 353.

— Les pouvoirs respectifs de l'assemblée générale, du conseil d'administration, du président-directeur général et du directeur général adjoint dans la doctrine institutionnelle, *Gaz. Pal.* 1957, 1, Doctr. 29.

— Des incompatibilités existant entre le mandat d'administrateur et certaines fonctions ou professions, *J. Soc.* 1960, p. 257.

— Le projet de loi sur les sociétés commerciales devant le Sénat, *Gaz. Pal.* 1966, 1, Doctr. 77.

— Une lacune importante de la proposition de loi sur les groupes de sociétés et la protection des actionnaires, *Gaz. Pal.* 1971, 1, Doctr. 185.

LÉONNET (J.). — *Encycl. Dalloz,* v° *Association.*

LÉOTY (P.). — L'abus des biens sociaux et le groupe (à propos de l'affaire Froment, *J.C.P.* 1975, C.I., 11861.

LE TOURNEAU (Ph.). — Les actions des dirigeants initiés des sociétés par actions, *Rev. Trim. Dr. Com.* 1971, 593.
LEVASSEUR (G.). — Notes sous :
— 2e Civ. 28 janv. 1954, *D.* 1954, 217.
— Civ. 31 mai 1956, *D.* 1958, 21.
LOUSSOUARN (Y.). — La réglementation des ententes (avec J.-D. Bredin), *D.* 1963, Chron. 33.
LUCAS (M.). — Les institutions représentatives du personnel en France. Bilan et perspectives, *Dr. Soc.* 1976, 79 (avec G. Adam).
LYON-CAEN (G.). — Défense et illustration du contrat de travail, *A.P.D.* 1968, p. 59.
— La représentation des intérêts des travailleurs dans les sociétés anonymes, *Rev. Trim. Dr. Europ.* 1971, 473.
— La réforme du licenciement à travers la loi du 13 juillet 1973, *Dr. Soc.* 1973, 493 (avec M.-C. Bonnetête).
— Quand cesse-t-on d'être salarié ? (le salarié employeur), *D.* 1977, Chron. 111.
MABILAT (P.). — Les modifications apportées au statut professionnel des commissaires aux comptes par le décret du 7 décembre 1976, *J.C.P.* 1977, C.I., 12322.
— Note sous Rennes 30 sept. 1974, *Rev. Soc.* 1976, 521.
— Voir aussi les articles écrits avec MM. J. Hémard et F. Terré, qui sont relevés au nom de J. Hémard.
MARTIN (D.). — La démission des organes de gestion des sociétés anonymes, *Rev. Soc.* 1973, 283.
MARTIN (L.-M.). — Obs. sous Com. 10 mars 1976, *Banque* 1976, 801.
MARTIN (R.). — Pour se réformer, l'entreprise doit à la fois se décentraliser et se donner un plan, *Le Monde* 15 avril 1976, p. 32.
MASSIN (E.). — La personnalité du fonds de commerce et de l'entreprise, *Rec. Gén. Lois* 1971, 69.
MAURO (J.). — L'extension de la cogestion en Allemagne Fédérale, *Gaz. Pal.* 11-13 juil. 1976.
MAZEAUD (L.). — Note sous Montpellier 28 nov. 1963, *D.* 1964, 483.
MERLE (Ph.). — Note sous Com. 22 avril 1976, *Rev. Jur. Com.* 1977, 93.
MICHAUD (J.-M.). — Le statut du président-directeur général est-il soumis à l'article 40 de la loi du 24 juillet 1867 ? *D.* 1964, Chron. 257 (avec J.-L. Delvolve).
NEPVEU (Av. gén.). — Concl. sous Paris 22 mai 1965, *J.C.P.* 1965, II, 14274 *bis*.
NGUYEN XUAN CHANH. — Le sort des actes irrégulièrement accomplis au nom d'une société commerciale, *D.* 1978, Chron. 69.
NOCQUET (Ph.). — Le critère de la dimension dans les sociétés commerciales, *Rev. Soc.* 1974, 661.
— *J.-Cl. Sociétés,* fasc. 135, Les assemblées d'actionnaires.
OPPETIT (B.). — Le représentant permanent d'une personne morale administrateur de société anonyme, *J.C.P.* 1969, I, 2227.
— La prise de contrôle d'une société au moyen d'une cession d'actions, *J.C.P.* 1970, I, 2361.
— Groupes de sociétés et droit du travail, *Rev. Soc.* 1973, 69.
— Méthodologie d'un droit des groupes de sociétés (avec A. Sayag), *Rev. Soc.* 1973, 577.
— Les réponses ministérielles aux questions écrites des parlementaires et l'interprétation de la loi, *D.* 1974, Chron. 107.
Notes sous :
— Com. 21 janv. 1970, *J.C.P.* 1970, II, 16541.
— Com. 17 mai 1971, *Rev. Soc.* 1972, 698.

— T.G.I. Paris 13 mars 1974, T. Com. Paris, 1er août 1974, *Rev. Soc.* 1974, 685.
— Com. 24 févr. 1975, *Rev. Soc.* 1976, 92.

PAILLUSSEAU (J.). — La cession de contrôle d'une société (à propos d'un important arrêt de la Cour de Rennes), *J.C.P.* 1969, I, 2287 (avec R. Contin).
— Faut-il en France un droit des groupes de sociétés ? *J.C.P.* 1971, I, 2401 *bis*.
— Les groupes de sociétés. Analyse du droit positif français et perspectives de réforme, *Rev. Trim. Dr. Com.* 1972, 813.
— Note sous Rennes 23 févr. 1968, *J.C.P.* 1969, II, 16112 (avec R. Contin).

PÉLISSIER (J.). — La réforme du licenciement, *D.* 1973, Chron. 253.
— Réflexions à propos de la suspension du contrat de travail, *Mél. A. Brun*, p. 427.

PENNEAU (J.). — De l'irrégularité des conventions de vote dans le droit des sociétés commerciales, *J.C.P.* 1975, C.I., 11776.

PIEDELIÈVRE (B.). — Le cumul d'un mandat social et d'un contrat de louage de services, *J.C.P.* 1968, I, 2205.
— L'avocat administrateur ou membre du conseil de surveillance des sociétés commerciales, *Gaz. Pal.* 1972, 2, Doctr. 600.

PINOTEAU (Ch.). — A propos de la rémunération des dirigeants de sociétés, *Gaz. Pal.* 1971, 1, Doctr. 50.

PLAISANT (R.). — Les sociétés anonymes et la loi du 24 juillet 1966, *Banque* 1966, p. 749.
— *Encycl. Dalloz*, Sociétés, v° *Administrateurs;* v° *Conseil d'administration;* v° *Directoire et conseil de surveillance* (avec P. Delaisi).
— Notes sous T. Com. Seine 27 sept. 1946, *J. Soc.* 1948, p. 266; — Com. 10 mai 1948, *S.* 1950, 1, 77.

POULAIN (G.). — Note sous Com. 17 janv. 1970, *D.* 1970, 480.

RABUT (A.). — Note sous Com. 10 mars 1976, *J.C.P.* 1976, II, 18406.

RAMEAU (H.). — La situation juridique du salarié licencié irrégulièrement, mais pour causes réelles et sérieuses, *D.* 1974, Chron. 79.

RANDOUX (D.). — Note sous :
— Soc. 16 oct. 1975, *Rev. Soc.* 1976, 489.
— Paris 30 nov. 1976, *Rev. Soc.* 1977, 688.

RÉMOND (M.). — L'article 18 et la révocation du gérant, *Rev. Soc.* 1972, 421.

RICHARD (J.). — Les modifications apportées par la loi n° 69-12 du 6 janv. 1969, *J.C.P.* 1969, C.I., 85648.
— Les clauses statutaires relatives à la retraite de divers mandataires des sociétés par actions, *J.C.P.* 1971, C.I., 10362.
— Souscription et acquisition d'actions par les salariés de sociétés dont les actions sont cotées ou font l'objet de transactions sur le marché hors cote d'une bourse française de valeurs, *J.C.P.* 1974, C.I., 3847.
— Le droit fiscal face au droit des sociétés : l'article 8-II de la loi n° 76-660 du 18 juillet 1976, *J.C.P.* 1976, C.I., 5756.

RIPERT (G.). — Le statut du fermage : du droit contractuel au droit de l'entreprise, *D.* 1946, Chron. 1.

RIVES-LANGE (J.-L.), La notion de dirigeant de fait dans l'article 99 de la loi du 13 juillet 1967, *D.* 1975, Chron. 41.

ROBERT (Jacques-Henri), Qui répond de l'inobservation des règles de publicité et d'information imposées aux sociétés anonymes ? *D.* 1976, Chron. 171.

ROBERT (Jean). — La querelle des incompatibilités, *D.* 1972, Chron. 79. — La loi du 29 décembre 1972 et l'évolution du droit pénal, *J.C.P.* 1973, I, 2525.
— Les lois du 11 juillet et du 6 août 1975 en matière pénale, *J.C.P.* 1975, I, 2729.

ROBERT (Jean-Marie). — *Encycl. Dalloz,* Dr. Pénal, v° *Sociétés.*
ROBLOT (R.). — Applications et fonctions de la notion d'inopposabilité en droit commercial, *Mél. Voirin,* 710.
— L'agrément des nouveaux actionnaires, *Mél. Bastian,* t. 1, p. 283.
RODIÈRE (R.). — La protection des minorités dans les groupes de sociétés, *Rev. Soc.* 1970, 243.
— Réflexions sur les avant-projets d'une directive de la commission des Communautés Européennes concernant les groupes de sociétés, *D.* 1977, Chron. 137.
— Obs. à la *Rev. Trim. Dr. Com.* 1965, p. 619.
— Note sous Com. 2 juil. 1973, *Rev. Soc.* 1974, 514.
RONSSERAY (P.). — La fin de l'anonymat dans les sociétés anonymes non cotées à l'occasion du nouveau texte sur l'imposition des plus-values, *Gaz. Pal.* 25 nov. 1976.
ROTONDI (M.). — La limitation de responsabilité dans l'entreprise individuelle, *Rev. Trim. Dr. Com.* 1968, p. 1.
ROUJOU DE BOUBÉE (G.). — Le nouveau régime des interdictions professionnelles, *D.* 1973, Chron. 275.
ROUSSEAU (J.). — Note sous Com. 5 janv. 1972, *J.C.P.* 1973, II, 17406.
SAINT-ALARY (R.). — Le caractère civil ou commercial des entreprises travaillant sur les œuvres de l'esprit, *J.C.P.* 1947, I, 494.
— La notion juridique d'entreprise agricole, *Rev. Trim. Dr. Civ.* 1950, 129.
SAINT-CÈNE (M.). — Note sous T. Cor. Nanterre 24 juin 1975, *Rev. Jur. Com.* 1977, 65.
SATANOWSKI (M.). — Nature juridique de l'entreprise et du fonds de commerce, *Rev. Int. Dr. Comp.* 1955, 726.
SAVATIER (J.). — Note sous Com. 17 févr. 1975, *J.C.P.* 1975, II, 18105.
SAYAG (A.). — Méthodologie d'un droit des groupes de sociétés, *Rev. Soc.* 1973, 577 (avec B. Oppetit).
SCHAPIRA (J.). — L'intérêt social et le fonctionnement de la société anoyme, *Rev. Trim. Dr. Com.* 1971, 962.
— Note sous Paris 4 mai 1960, *S.* 1961, 12.
SCHMIDT (D.). — Quelques remarques sur les droits de la minorité dans les cessions de contrôle, *D.* 1972, Chron. 223.
Notes sous :
— Com. 17 mai 1971, *Rev. Soc.* 1972, 698.
— T. Com. Toulouse 24 mai 1972, *D.* 1973, 196.
— Com. 22 avril 1976, *Rev. Soc.* 1976, 479.
SIMON (O.). — Les baux d'exploitation et la notion d'entreprise, *Rev. Trim. Dr. Com.* 1977, 241.
SINAY (H.). — Stabilité de l'emploi et transfert de l'entreprise, *J.C.P.* 1961, I, 1647.
— L'exercice du droit syndical dans les entreprises. Historique et perspective, *D.* 1969, Chron. 17.
SINAY (R.). — Vers un droit des groupes de sociétés, *Gaz. Pal.* 1967, 1, Doctr. 70.
— Le droit des groupes dans le projet de société anonyme européenne, *Gaz. Pal.* 1968, 1, Doctr. 118.
SOLAL (A.). — L'entreprise, test de l'efficacité de nos procédés de connaissances juridiques, *Rev. Trim. Dr. Com.* 1971, 639.
SOLUS (H.). — Portée et effets de la révocation du gérant d'une S.A.R.L., *J.C.P.* 1944, I, 437.
— La répression des opérations boursières illicites menées par des personnes disposant d'informations privilégiées et l'accroissement des pouvoirs de

la Commission des Opérations de Bourse (loi du 23 déc. 1970), *J.C.P.* 1971, I, 2375.

SORTAIS (J.-P.). — La société unipersonnelle, *Mél. Bastian,* t. 1, p. 325.
— *Encycl. Dalloz,* v° *Société anonyme.*

SOULEAU (H.). — La démission des dirigeants des sociétés commerciales, *Rev. Trim. Dr. Com.* 1972, 21.

SOUSI (G.). — Intérêt du groupe et intérêt social, *J.C.P.* 1975, C.I., 11816.

SPETH (F.). — La limitation de responsabilité dans l'entreprise individuelle, *Rev. Int. Dr. Comp.* 1957, 27.

STOUFFLET (J.). — Le maintien en fonctions des dirigeants des sociétés de presse par l'article 2 de la loi du 28 février 1947, *Mél. Bastian,* t. 1, p. 347.

SYNVET (H.-M.). — Note sous Rennes 25 févr. 1972, *J.C.P.* 1972, II, 17220.

TARSAC (A.). — Les conventions de vote au conseil d'administration des sociétés anonymes, *Banque* 1967, 546.

TERRÉ (F.). — Sur la sociologie juridique du contrat, *A.P.D.* 1968, t. XIII, p. 71.
— La disparition des tantièmes, *Rev. Soc.* 1976, 237.
— Ajouter les articles écrits en collaboration avec MM. J. Hémard et P. Mabilat, cités au nom de J. Hémard.

TESSARI (G.). — La cogestion en Allemagne, *Rev. Trim. Dr. Com.* 1966, 999 (avec P. Krsjak).

TEYSSIÉ (B.). — La réforme de l'entreprise, *Cahiers de droit de l'entreprise,* 1975, n°s 3-4.

THALLER. — Note sous Cass. Civ. 30 mai 1892, *D.* 1893, 1, 105.

THUILLIER (H.). — Note sous Soc. 24 janv. 1974, C.I., 11478.

TOUFFAIT (A.). — Observations sur l'évolution du droit pénal des sociétés, *Rev. Sc. Crim.* 1967, 790 (avec J.-B. Herzog).

TOUJAS (G.). — Note sous T. Com. Toulouse 22 nov. 1968, *J.C.P.* 1969, II, 15708.

TREILLARD (J.). — La nature juridique de l'entreprise et l'expérience des nationalisations, *Rev. Trim. Dr. Com.* 1953, 605.

TROCHU (M.). — L'entreprise : antagonisme et collaboration du capital et du travail, *Rev. Trim. Dr. Com.* 1969, 681.
— De quelques applications particulières du droit pénal des sociétés au phénomène économique des groupes de sociétés, *D.* 1975, Chron. 7 (avec M. Jeantin et D. Lange).

TROUILLAT (R.). — L'abus du droit de la majorité dans les sociétés commerciales, *Rev. Jur. Com.* 1977, 1.

TUNC (A.). — Les conventions relatives au droit de vote, *Rev. Gén. Dr. Com.* 1942, p. 1.
— L'effacement des organes légaux de la société anonyme, *D.* 1952, Chron. 73.
— La responsabilité civile des organes de société et les règles générales de la responsabilité civile en droit français, *Tx Assoc. H. Capitant,* 1963, t. XV.

VACCARIE (I.). — Groupes de sociétés et relations individuelles de travail, *Dr. Soc.* 1975, 23.

VALQUE (J.). — La limite d'âge des dirigeants de société, *I.C.E.* 1972, 172.

VASSEUR (M.) .— Un nouvel essor du concept contractuel : les aspects juridiques de l'économie concertée et contractuelle, *Rev. Trim. Dr. Civ.* 1964, 5.
— Quelle société européenne ? *D.* 1972, Chron. 169.
— Une création de la pratique : les censeurs des sociétés anonymes, *D.* 1974, Chron. 67.

VEAUX (D.). — Le rôle du comité d'entreprise dans les sociétés anonymes, *Dr. Soc.* 1948, 87.
J.-M. VERDIER. — Le rapport Sudreau, *Rev. Int. Dr. Comp.* 1976, 771.
— *Encycl. Dalloz*, Sociétés, v° *Liquidation et partage.*
VERNET (D.). — L'extension de la cogestion en Allemagne, *Le Monde* 20 mars 1976, p. 1.
VEZIAN (J.). — Note sous Com. 15 mai 1974, *D.* 1976, 226.
WAHL (A.). — Une société peut-elle être gérante ou administrateur d'une autre société ? *J. Soc.* 1905, 289.
WISNER (J.). — Réflexions sur la mission des commissaires aux comptes, *Rev. Soc.* 1967, 371.
A.C. — Note sous Nancy 19 juil. 1946, *D.* 1947, 525.
A.P.S. — De l'incidence de l'état de règlement judiciaire ou de liquidation des biens sur les organes sociaux et sur la durée du mandat des administrateurs, ou membres du directoire ou membres du conseil de surveillance d'une société anonyme, *Gaz. Pal.* 27-29 mai 1973; *J. Soc.* 1973, p. 117.
— La représentation des personnes morales dans les fonctions d'administrateur de société, *Gaz. Pal.* 1974, 1, Doctr. 22.
Notes sous :
— Paris 23 févr. 1975, *Gaz. Pal.* 15-16 sept. 1976.
— Com. 10 mars 1976, *Gaz. Pal.* 1er-21 sept. 1976.
— Douai 17 juin 1976, *Gaz. Pal.* 25-26 mars 1977.
D.B. — Notes sous :
— T. Com. Seine 22 mars 1949, *J.C.P.* 1949, II, 4980.
— Paris 4 mai 1960, *J.C.P.* 1960, II, 11745.
J.G. — Obs. sous :
— Com. 21 janv. 1970, *Rev. Soc.* 1970, 292.
— Com. 1er juin 1970, *Rev. Soc.* 1971, 57.
— Reims 10 nov. 1975, *Rev. Soc.* 1976, 307.
— Soc. 20 oct. 1976, *Rev. Soc.* 1976, 461.
— Cons. Constit. 18 oct. 1977, *Rev. Soc.* 1978, 107.
J.H. — Obs. sous :
— Com. 29 mai 1972, *Rev. Soc.* 1973, 487.
— Com. 6 mai 1974, *Rev. Soc.* 1975, 81.
— Com. 21 juil. 1975, *Rev. Soc.* 1976, 485.
— Com. 10 mars 1976, *Rev. Soc.* 1976, 332.
J.L. — Le cumul des mandats de président du conseil d'administration, *Bul. Inf. Soc.* 1977, 607.
F.T. — Obs. sous Com. 17 févr. 1975, *Rev. Soc.* 1975, 269.

INDEX ALPHABETIQUE

(*Les chiffres renvoient aux paragraphes et non aux pages.*)

Abus des biens sociaux : 427.
Abus de droit : 54, 123.
Acte collectif : 210.
Actionnaire :
— conseil de surveillance : 268, 309 et s.;
— directoire : 308, 310;
— égalité : 167.
Actionnariat : 300.
Actions (titres) :
— conseil de surveillance : 309;
— initiés : 444;
— projet n° 2510 : 310.
Administrateur judiciaire : 54, 55, 90, 354 et s., 415.
Affectio societatis : 11, 309.
Age : v. *limite d'âge.*
Agrément : v. *Clause d'agrément.*
Aktiengesellschaft : 3, 67, 140, 174.
Assemblées d'actionnaires : 139 et s., 339; recours du directoire : 136.
Association : 301.
Aufsichtsrat : 67, 112, 131, 134, 143, 150, 152, 375, 410.
Autogestion : 187.
Autorisations du conseil de surveillance : 104, 136, 170;
— légales : 60, 105 et s.;
— statutaires : 108 et s., 131 et s., 144.
Avocat : 327.
Avoué : 330.
Bodac : 366.
Bureau :
— conseil de surveillance : 57;
— directoire : 56.
Capacité : v. *Incapacité.*
Capital social : 17, 18, 82.
Carte de commerçant étranger : directoire : 280.
Cautions, avals et garanties : 88.
Centre des Jeunes Dirigeants : 187.
Censeur : 160.
Choix de la formule à directoire : 4.
Clause d'agrément : 128 et s.
Clause de double signature : 90.
Clause de limitation de pouvoirs :
— clauses d'autorisation : 131 et s.;
— autres clauses : 78, 111.
Clause de non-concurrence : 320, 332.
Clause d'unanimité (directoire) : 52.

Cogestion : 188 et s.
Comblement : 458.
Comité d'entreprise : 138, 168, 186, 221, 302, 428.
Commandite par actions : 6.
Commerçant : 248.
Commissaires aux comptes : 81, 99, 123, 156 et s., 290, 323, 326.
Commissions (conseil de surveillance) : 63.
Comptes sociaux : 98, 141.
Concentration : 152.
Conseil d'administration (comparaison avec le directoire et le conseil de surveillance) : 5, 91, 93, 117.
Conseil de surveillance :
— commandite : 6;
— société anonyme :
- composition : 23 et s.,
- délibération : 38 et s.,
- fonctions : 92 et s.
Conseil juridique : 300, 328.
Contrat (conception contractuelle de la S.A.) : 204 et s.
Conventions de vote : 46, 52, 153, 344, 345.
Contrats de travail :
— membres du directoire : 293 et s., 406 et s.
— membres du conseil de surveillance : 296 et s.
Contrôle : 93, 101 et s., 156, 455.
Conventions de vote . 46, 52, 153, 344, 345.
Convocation :
— assemblées : 80, 115, 117, 172, 344;
— conseil de surveillance : 41, 80;
— directoire : 40.
Cooptation :
— directoire : 22;
— conseil de surveilance : 24 et s., 353.
Cosurveillance : 8, 25, 67, 100, 149, 183, 191 et s., 222 et s., 428.
Cumul de fonctions : 181; directoire : 313 et s.; conseil de surveillance : 268, 316 et s.
Déchéances : 276.
Déclaration de conformité : 92, 446.
Délégation de pouvoirs : 52, 83, 86.
Délibérations : 43 et s.
Délits : 122, 461.
Démission : 245, 411.
Dimension (des sociétés) : 179, 230, 479.
Directeur général (art. L. 126, al. 2) : 20, 86.
Directeur général unique (art. L. 119, al. 2) : 17, 18, 123, 128, 129, 178.
Direction (de la S.A.) : 72.
Directoire :
— composition : 14 et s.;
— délibération : 38 et s.;
— fonctions : 69 et s.
Dirigeants de fait : 122, 179, 458 et s.
Discrétion (Obligation de) : 443.
Durée des fonctions : 417 et s.
Entrave (Délit d') : 305.
Entreprise : 72, 149, 175, 177, 215 et s.
Etrangers (v. *Nationalité*).

Faillite personnelle : 277, 460.
Femme mariée : 248.
Filiale : 81, 166, 298.
Fiscalité : 4.
Fonctionnaires : 324, 330.
Fraude : 182.
Fusion : 21, 29 et s., 46.
Gestion : 73, 101.
Greffier : 18, 364.
Groupement d'intérêt économique (*G.I.E.*) : 6.
Groupes de sociétés : 180 et s., 314, 317.
Hiérarchie des organes : 65 et s., 77, 125.
Holding : 152.
Incapacité : 248 et s.
Incompatibilités : 282 et s.
Indemnisation (des membres du directoire révoqués) : 385 et s.
Information des actionnaires : 82, 342.
Initiés : 444.
Inopposabilité : 69, 358 et s.
Institution : 204 et s., 469 et s.
Interdiction : 276 et s.
Intérêt social : 75, 101, 182, 393 et s.
Jeton de présence : 296, 426, 429.
Journal d'annonces légales : 363.
Juste motif : 251, 386 et s.
Liberté contractuelle : 208.
Limite d'âge : 252 et s., 268.
Liquidation de société : 117, 415.
Liquidation des biens, règlement judiciaire : 415, 484.
Majorité : 390 et s.
Majeurs incapables : 250.
Mandat :
— au conseil de surveillance : 61.
— dans la société en formation : 92;
— nature des fonctions :
- des membres du directoire : 468 et s.,
- des membres du conseil de surveillance : 475.
Mandat en blanc : 123, 152.
Mineur : 249 et s.
Minorité : 152, 169, 341, 378.
Nationalité : 278.
Notaire : 18, 330.
Nullité : 18, 19, 26, 27, 54, 245, 251, 258, 298, 318.
Objet social : 76, 88, 133.
Obligation : 82.
Observations (du conseil de surveillance à l'assemblée) : 117, 123, 135, 143, 160, 181.
Ordre du jour :
— conseil de surveillance : 41, 342;
— directoire : 40;
— assemblées : 80.
Ordre public : 208.
Parlementaires : 324.
Participation : 186, 303 et s.
Patrimoine d'affectation : 182.

Permis de diriger : 244.
Personnalité morale : 43, 176.
Personne morale :
— directoire : 261, 273;
— conseil de surveillance : 262 et s.
Pouvoirs en blanc : v. *Mandat en blanc.*
Président du conseil d'administration : 90 et s., 315, 428.
Président du conseil de surveillance : 27, 47, 92.
Président du directoire :
— nomination : 336 et s.;
— pouvoirs : 86 et s.;
— *révocation :* 380 et s.
Procès-verbaux : conseil de surveillance : 42.
Profession : 332, 369, 421, 467, 482.
Projet n° 2510 : 8, 257, 259, 277, 447, 481.
Publicité : 126, 360 et s.
Quorum : 48.
Raports :
— directoire : 81, 97, 120, 181;
— commissaires aux comptes : 163.
Rapport Sudreau : 8, 17, 66, 192 et s., 257, 306, 314, 320, 337, 375, 417, 418, 432, 479.
Régime fiscal : 427, 434 et s.
Régime social : 438.
Registre du commerce et des sociétés : 365, 428.
Registre de présence : 42.
Règlement intérieur : 36, 52, 122.
Rémunérations : 424 et s.
Répartition des tâches : 52, 58 et s.
Représentant permanent : 127, 262 et s.
Représentation de la société : 86 et s.
Responsabilité civile :
— membres du directoire : 114, 449 et s.;
— membres du conseil de surveillance : 123, 271, 452 et s.
Responsabilité pénale : 461 et s.
Retraite : 439.
Réunions plénières du conseil de surveillance avec le directoire : 120, 130, 135.
Révocation :
— membres du conseil de surveillance : 153, 410;
— membres du directoire : 371 et s.;
— président du directoire et directeurs généraux : 380 et s.
Salariés : 191 et s., 292 et s., 467.
Sécurité sociale : v. *Régime social.*
Siège social (déplacement) : 114.
Simulation : 182.
Société à capital variable : 6.
Société anonyme à participation ouvrière : 6.
Société à responsabilité limitée : 179, 480.
Société coopérative : 6, 300.
Société d'économie mixte : 6, 299.
Société en main unique : 216, 217.
Société européenne : 8.
Société holding : 152.
Spécialisation (des organes) : 65 et s., 77, 147, 164.
Structure : 10.

Système : 238 et s.
Tantièmes : 296, 426, 431.
Travaux parlementaires : 2 et s.
Unanimité : 52 et s., 343.
Vacance de siège : 350 et s.
Vice-président :
— directoire : 20;
— conseil de surveillance : 27.
Vote : 48 et s.
— par correspondance : 44;
— par procuration : 45, 48;
— voix prépondérante : 51;
v. *Conventions de vote.*

TABLE DES MATIERES

	N°s	Pages
PREFACE, DE M. J. DERRUPPE		17
PRINCIPALES ABREVIATIONS		19
INTRODUCTION GENERALE	1	22
PREMIERE PARTIE : LA STRUCTURE	10	31
Première Sous-partie : Les nouveaux organes	11	33
TITRE PREMIER : ***La Collégialité***	12	35
Chapitre premier : *Collégialité dans la composition*	13	39
Section 1 : Composition du directoire	14	40
§ 1 : Les prescriptions légales	15	40
§ 2 : Rôle des statuts et du conseil de surveillance	22	44
Section 2 : Composition du conseil de surveillance	23	45
§ 1 : Le principe : 3 à 12 membres (art. L. 129)	24	45
§ 2 : Dérogation : le cas de fusion (art. L. 129 à L. 152)	28	47
Conclusion du chapitre premier	32	49
Chapitre deuxième : *Collégialité dans le fonctionnement*	35	51
Section 1 : Fonctionnement périodique	38	52
§ 1 : Les réunions	39	53
§ 2 : Les délibérations	43	56
Section 2 : Fonctionnement permanent	55	63
§ 1 : Le bureau	56	63
§ 2 : La répartition des tâches	58	64
Conclusion du Titre premier	64	68
TITRE DEUXIÈME : ***La répartition des fonctions***	65	70
Chapitre premier : *Fonctions du directoire*	69	74
Section 1 : Fonctions du directoire dans l'ordre interne	70	75
§ 1 : La définition générale des fonctions	71	75
§ 2 : Fonctions du directoire définies ponctuellement	79	80
Section 2 : Fonctions du directoire dans l'ordre interne	85	84
§ 1 : Qui représente la société ?	86	84
§ 2 : Représentation et décision	87	85
Chapitre deuxième : *Fonctions du conseil de surveillance*	92	91
Section 1 : Contrôle de l'activité du directoire	93	92
§ 1 : L'information du conseil de surveillance	95	93
§ 2 : Portée du contrôle	101	96

	N°s	Pages
Section 2 : Intervention dans l'activité et l'organisation du directoire	103	98
§ 1 : Intervention dans l'activité du directoire	104	98
§ 2 : Intervention dans l'organisation du directoire	110	110
Section 3 : Fonctions de gestion du conseil de surveillance	113	104
Chapitre troisième : *Les rapports entre le directoire et le conseil de surveillance*	118	107
Section 1 : La collaboration entre le directoire et le conseil de surveillance	119	107
§ 1 : Collaboration normale	120	107
§ 2 : Collusion entre le directoire et le conseil de surveillance	121	109
Section 2 : Conflits entre le directoire et conseil de surveillance	124	111
§ 1 : Conflits de compétence	125	111
§ 2 : Conflits d'opportunité	135	119
Deuxième Sous-partie : L'influence des nouveaux organes	137	123
TITRE PREMIER : ***Influence sur les autres organes***	138	125
Chapitre premier : *Les assemblées d'actionnaires*	139	127
Section 1 : Le déclin de la souveraineté de l'assemblée générale	141	128
§ 1 : La réduction des pouvoirs de l'assemblée générale	142	129
§ 2 : Le renversement de certaines conceptions fondamentales de la société anonyme	146	132
Section 2 : L'accentuation des phénomènes de domination	151	135
§ 1 : La concentration du contrôle	152	136
§ 2 : La neutralisation du contrôle	153	137
Chapitre deuxième : *Les commissaires aux comptes*	156	140
Section 1 : Collaboration entre les commissaires aux comptes et le conseil de surveillance	157	141
§ 1 : Les raisons de la collaboration	158	141
§ 2 : Organisation de la collaboration	161	142
Section 2 : Spécialisation des commissaires aux comptes	162	143
§ 1 : La spécificité du contrôle exercé par les commissaires aux comptes	163	144
§ 2 : Le contrôle de l'activité du conseil de surveillance.	169	147
TITRE DEUXIÈME : ***Influence des nouveaux organes sur la société anonyme dans son entier***	174	151
Chapitre premier : *L'adaptation aux réalités socio-économiques*	175	153
Section 1 : Le facteur capital	176	154
§ 1 : Société anonyme à directoire et entreprise individuelle	177	155

	N°s	Pages
§ 2 : Société anonyme à directoire et groupement d'entreprises	180	157
Section 2 : Le facteur travail	186	163
§ 1 : La cogestion, participation des salariés au directoire	188	166
§ 2 : La cosurveillance, participation des salariés au conseil de surveillance	191	167
Chapitre deuxième : *Le déplacement du débat doctrinal*	203	177
Section 1 : Contrat ou institution	204	177
§ 1 : Des notions évolutives	205	177
§ 2 : L'institutionnalisation dans la société anonyme à directoire	213	182
Section 2 : Société anonyme à directoire et entreprise	215	184
§ 1 : Institutionnalisation de l'entreprise	216	184
§ 2 : Fusion institutionnelle de l'entreprise et de la société anonyme à directoire	220	188
Section 3 : Critique globale	224	192
§ 1 : Défauts de la théorie institutionnelle appliquée à la société anonyme à directoire	225	192
§ 2 : Dépassement de la théorie institutionnelle	236	198
DEUXIEME PARTIE : LES HOMMES	241	203
Première Sous-partie : L'accès aux fonctions	243	207
TITRE PREMIER : ***L'aptitude aux fonctions***	244	209
Chapitre premier : *Aptitudes personnelles*	246	211
Section 1 : Aptitudes intellectuelles	247	211
§ 1 : Incapacités	248	211
§ 2 : Limites d'âge	252	214
§ 3 : Personnes morales	260	220
Section 2 : Aptitudes morales	275	227
§ 1 : Interdictions et déchéances	276	228
§ 2 : Nationalité	278	230
Chapitre deuxième : *Aptitudes fonctionnelles*	281	232
Section 1 : Fonctions exercées au sein de la société	282	232
§ 1 : L'appartenance simultanée au directoire et au conseil de surveillance	283	233
§ 2 : Fonctions de commissaire aux comptes de la société	290	236
§ 3 : Fonctions de salarié de la société	292	237
§ 4 : Fonctions d'actionnaire	307	247
Section 2 : Fonctions exercées en dehors de la société	311	251
§ 1 : Cumul de sièges	312	251
§ 2 : Incompatibilités externes	321	258
Conclusions du Titre premier	332	265

	Nos	Pages
TITRE DEUXIÈME : ***L'entrée en fonctions***	333	267
Chapitre premier : *Entrée en fonctions dans l'ordre interne*	334	268
Section 1 : Nominations normales	335	268
§ 1 : Auteur des nominations	336	268
§ 2 : Modalités des nominations normales	340	271
Section 2 : Nominations exceptionnelles	349	277
§ 1 : Vacance de sièges	350	277
§ 2 : Crise	354	280
Chapitre deuxième : *Entrée en fonctions dans l'ordre externe*	357	283
Section 1 : L'inopposabilité	358	283
Section 2 : La publicité régulière	360	284
§ 1 : Cas où la publicité est requise	361	284
§ 2 : Les formalités de publicité	362	285
Conclusion du Chapitre deuxième	367	287
Deuxième Sous-partie : La situation juridique des membres du directoire et des membres du conseil de surveillance	368	289
TITRE PREMIER : ***Stabilité des fonctions***	369	291
Chapitre premier : *Révocation*	370	293
Section 1 : Révocation des membres du directoire	371	293
§ 1 : La procédure de révocation des membres du directoire	372	293
§ 2 : Conséquences de la révocation des membres du directoire	384	300
Section 2 : Révocation des membres du conseil de surveillance	410	314
Chapitre deuxième : *Démission*	411	316
Section 1 : Démission pour une cause tenant à la personne du démissionnaire	412	316
Section 2 : Démission pour une cause tenant à la société	415	317
Chapitre troisième : *Arrivée du terme*	416	319
Section 1 : Durée des fonctions		
§ 1 : Durée des fonctions des membres du directoire	417	319
§ 2 : Durée des fonctions des membres du conseil de surveillance	418	320
Section 2 : Moment de la cessation des fonctions		
§ 1 : Au conseil de surveillance	419	322
§ 2 : Au directoire	420	322
Conclusion du titre	421	323

	Nos	Pages
TITRE DEUXIÈME : ***Situation pécuniaire des membres du directoire et des membres du conseil de surveillance***	422	324
Chapitre premier : *Avantages*	423	325
Section 1 : Rémunérations	424	325
§ 1 : Rémunérations des membres du directoire	425	325
§ 2 : Rémunérations des membres du conseil de surveillance	429	328
Conclusion de la section	433	330
Section 2 : Régime fiscal	434	331
Section 3 : Régime social	438	333
Chapitre deuxième : *Risques*	440	335
Section 1 : Obligations spécifiques	441	335
§ 1 : Obligations tenant à l'utilisation des informations.	442	335
§ 2 : Obligations tenant aux conventions passées entre la société et les membres de son directoire ou de son conseil de surveillance	445	337
	446	338
§ 3 : Obligation de signer les déclarations de conformité	448	339
Section 2 : Responsabilité civile	449	339
§ 1 : Responsabilité civile des membres du directoire.		
§ 2 : Responsabilité civile des membres du conseil de surveillance	452	341
Section 3 : Sanctions personnelles	459	345
§ 1 : Sanctions commerciales	460	345
§ 2 : Sanctions pénales	461	346
Conclusion du Titre deuxième	463	349
TITRE TROISIÈME : ***Nature juridique des fonctions***	464	350
Chapitre premier : *Nature juridique des fonctions des membres du directoire*	466	352
Section 1 : Les membres du directoire ne sont pas en tant que tels salariés de la société	467	352
Section 2 : Les membres du directoire sont-ils des mandataires ?	468	353
§ 1 : Contre le mandat	469	354
§ 2 : En faveur du mandat	472	356
Section 3 : Une nature mixte	473	357
Chapitre deuxième : *Nature juridique des fonctions des membres du conseil de surveillance*	475	359

	N°s	Pages
CONCLUSION GENERALE	476	361
STATISTIQUES		367
BIBLIOGRAPHIE		369
I. Traités, manuels, cours polycopiés, ouvrages généraux		369
II. Thèses, monographies, ouvrages spéciaux		
A. Etudes centrées sur la société anonyme à directoire		370
B. Autres études		371
III. Chroniques, articles, conclusions, rapports, notes et observations		374
A. Etudes centrées sur la société anonyme à directoire		374
B. Autres études		375
INDEX ALPHABETIQUE		388
TABLE DES MATIERES		393

Achevé d'imprimer le 24 novembre 1978
sur les presses de la Société nouvelle
des Imprimeries Delmas
à Artigues-près-Bordeaux.

Dépôt légal 4e trimestre 1978.